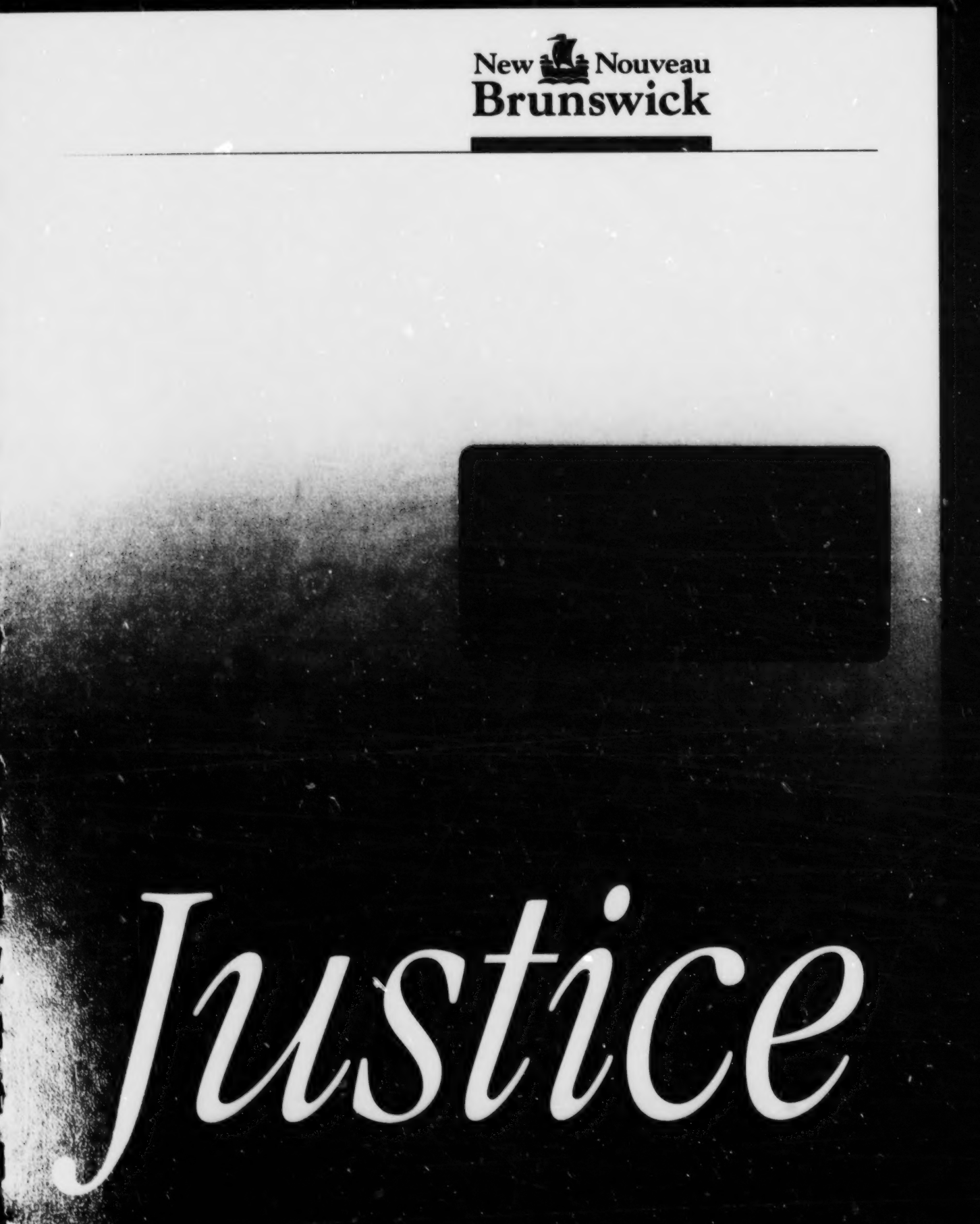
New Nouveau
Brunswick



Justice

101-01809/

A Commentary on the *Privacy Act*

Department of Justice

December 2000

A Commentary on the *Privacy Act*

Executive Summary

This Commentary is designed to assist the Law Amendments Committee and the public in their consideration of the proposed *Privacy Act*. The Act was introduced in the Legislative Assembly in December 2000, and was referred to the Committee for review. Referring an Act to the Law Amendments Committee allows the public to become directly involved in the legislative process. The Committee typically invites the public to make oral or written presentations on the topics it reviews.

The *Privacy Act* is designed to establish a 'tort' of invasion of privacy. That is to say, it makes an 'invasion of privacy' a wrongful act and enables a person whose privacy has been invaded to sue the wrongdoer, seeking remedies such as damages, declarations and injunctions. The proposed Act is short. Most of it deals with establishing the legal test that the courts will apply when determining whether an invasion of privacy has occurred. The remedies will be the ordinary remedies that apply to 'torts' in general, adjusted slightly by the provisions of this Act.

This Commentary sets out the full text of the proposed Act, and provides explanatory notes to each section. It also includes as an Appendix an extract from an earlier discussion paper in which the Department of Justice examined in detail the questions of (a) whether legislation of this sort should be enacted, and (b) if so, what it should say.

Both of these questions are still open. Though the government favours the enactment of a *Privacy Act* along the lines presented here, no final decisions have yet been taken. Similar legislation exists in five other provinces, yet the argument is still sometimes made that legislation like this, though admirable in its objectives, is not really necessary and may end up causing more problems than it solves.

The government wishes New Brunswickers to have the opportunity to comment upon the proposed *Privacy Act*. This is why the Act has been referred to the Law Amendments Committee for review. Anyone who wishes to comment on the Act should therefore contact the Clerk of the Legislative Assembly to make sure they know when and how to make their views known. The address is:

Legislative Assembly of New Brunswick
P.O. Box 6000 (706 Queen Street)
Fredericton, N.B., Canada E3B 5H1
tel.: (506) 453-2506, fax: (506) 453-7154,
e-mail: wwwleg@gnb.ca

Table of Contents

Executive Summary i

Table of Contents iii

Introduction and Background 1

Text and Commentary 4

Appendix 12

A Commentary on the *Privacy Act*

Introduction and Background

This Commentary is designed to assist the Law Amendments Committee and the public in their consideration of the proposed *Privacy Act*. The Act was introduced in the Legislative Assembly in December 2000, and was referred to the Committee for review. Referring an Act to the Law Amendments Committee allows the public to become directly involved in the legislative process. The Committee typically invites the public to make oral or written presentations on the topics it reviews.

The *Privacy Act* is designed to establish a 'tort' of invasion of privacy. That is to say, it makes an 'invasion of privacy' a wrongful act and enables a person whose privacy has been invaded to sue the wrongdoer, seeking remedies such as damages, declarations and injunctions. Legislation of this sort exists in British Columbia, Saskatchewan, Manitoba, Quebec and Newfoundland, and a *Uniform Privacy Act* has been developed by the Uniform Law Conference of Canada. The Department of Justice has reviewed all of these models carefully while preparing the proposed *Privacy Act*.

The Department has also reviewed the arguments that are sometimes made *against* enacting legislation of this sort. For some time there has been a debate in legal circles about whether such legislation is desirable. The debate is not about whether protection of privacy is important; everyone agrees that it is. Rather, the debate is about (a) whether a *new* legal remedy like this is needed, or whether other legal remedies already protect people's privacy sufficiently, and (b) whether legislation designed to protect people's privacy may be harmful to other important social values such as freedom of speech and action, or to the ability of police forces and other investigative bodies to perform their functions.

The Department of Justice described the two sides of this debate (along with other privacy law issues) in *Privacy: Discussion Paper #2*, a paper that it submitted to the Law Amendments Committee in 1998. The Committee, however, was unable to deal with the paper at that time, and later the Legislative Assembly was dissolved for the 1999 provincial election. This Commentary is therefore carrying forward a discussion that was launched two years ago.

The relevant passages of *Privacy: Discussion Paper #2* are attached as an Appendix to this Commentary. The paper started by explaining that 'privacy' is a broad concept that people naturally associate with things like the peace and quiet of their homes, their ability to communicate without third parties listening in, and protecting the details of their lives from unwanted publicity. It then described the existing legal remedies by which some forms of invasions of privacy may be dealt with – actions for trespass and for defamation were among the examples. It used the Uniform Law Conference of Canada's *Uniform Privacy Act* as a basis for a detailed discussion of what

a *Privacy Act* in New Brunswick might say, and it closed by asking for comments on whether legislation of this sort should be enacted.

The discussion paper did not come down on one side or the other of the debate about whether a tort of invasion of privacy should be created. It simply presented legislative options for public discussion. The paper took the same non-committal approach to the other privacy law issues it examined. The first of these was whether protection of personal information legislation like New Brunswick's *Protection of Personal Information Act* (which only applies in the public sector) should be extended to the private sector. 'Protection of personal information' legislation provides detailed rules about one particular privacy law issue: what kinds of information organizations large or small should obtain about individuals, and how those organizations should handle and use it. The second issue discussed in the paper was whether non-judicial remedies for infringements of privacy should also be established. Such remedies would cover the full range of privacy issues, rather than just the protection of personal information, but they would not set out detailed rules. The remedies would be non-judicial in the sense that it would be an administrative agency, rather than the courts, that was given the authority to resolve privacy disputes and develop privacy standards.

These last two issues are no longer under consideration in New Brunswick. In both cases, this is because of the federal government's *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, the relevant sections of which are expected to begin to come into force on January 1, 2001. The Act covers a substantial part of the ground reviewed in *Privacy: Discussion Paper #2*, and does so in a way that makes further provincial legislation on these subjects problematic.

Part 1 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* sets out protection of personal information rules that are to apply to all commercial activities throughout Canada. It is much broader than had been expected when *Privacy: Discussion Paper #2* was prepared. Questions were raised throughout the Parliamentary process about whether the Act's full range falls within the federal Parliament's constitutional authority. However, the fact is that the Act has now been passed, and any legislative developments in New Brunswick must take that into account.

The federal Act obviously covers much of the ground that provincial protection of personal information legislation for the private sector would cover. It also has a major impact on the broader topic of non-judicial remedies for infringements of privacy. This is because a surprising number of privacy concerns involve at least *some element* that can be linked to protection of personal information rules. For example, when people complain about practices such as video surveillance, aggressive telemarketing and mandatory drug-testing, their concern is about the 'privacy' issues of being watched, pestered and coerced. At the same time, however, part of what is going on is that an organization is trying to obtain information about them; this is a 'protection of personal information' issue. In New South Wales (Australia), where a statutory Committee with a wide-ranging privacy mandate has existed for roughly 25 years, the experience has

apparently been that most of the issues the Committee has dealt with have involved protection of personal information principles in one way or another.

If the legislative field were clear, there might well be something to be said for giving an agency such as the New Brunswick Human Rights Commission a wide-ranging privacy mandate that allowed it to deal with protection of personal information issues along with other privacy matters. With the federal Act in place, however, doing so becomes problematic. The federal Act deals with protection of personal information alone. A provincial Act cannot realistically confine itself to other privacy matters, since protection of personal information cannot be segregated from other privacy matters. If, on the other hand, provincial legislation dealt with protection of personal information as well as other privacy matters, it would create overlap and confusion with the federal Act. The federal Act tries to deal with this by allowing the federal government to exempt activities within a province from the federal Act if the province has substantially similar legislation in place (section 26). An exemption, however, would not replace the federal Act with the provincial Act entirely. Instead, its effect would apparently be that the private sector would have to comply with both the federal *and* the provincial Acts in relation to different sets of information, or sometimes in relation to different uses of the same information. Double-regulation of this sort seems highly unsatisfactory.

It is possible that the government may reconsider the position in relation to the protection of personal information as experience develops under the federal Act. At present, however, of the three items in relation to the protection of personal information discussed in *Privacy: Discussion Paper #2*, only the creation of a tort of invasion of privacy remains a serious policy option. Legislation like the proposed *Privacy Act* would create little conflict, if any, with the federal Act. It would be wide-ranging, based on a broad and natural meaning of the word privacy rather than analyzing everything in terms of personal information and its uses. It would apply to social activities as well as commercial ones, and would create rights between individuals as well as between individuals and organizations. It would, in short, provide a broad, legally enforceable, baseline for the protection of individuals' privacy in New Brunswick.

The government has decided to pursue this option by presenting a Bill for review by the Law Amendments Committee. This Commentary sets out the text of the Bill, and provides some explanation to accompany each section. It is hoped that this will lead to a productive and informed public discussion before the Committee.

The government currently favours the enactment of the *Privacy Act*. However, it will pay careful attention to any recommendations that the Law Amendments Committee makes after reviewing the Bill and considering representations from the public. People who wish to comment on the Bill should therefore contact the Clerk of the Legislative Assembly to make sure they know when and how to make their views known. The Clerk's address is P.O. Box 6000 (706 Queen Street), Fredericton, N.B., Canada E3B 5H1 (tel.: (506) 453-2506; fax: (506) 453-7154; e-mail: wwwleg@gnb.ca).

Text and Commentary

The pages that follow set out the full text of the proposed *Privacy Act*, with some explanatory notes on each section. The Act is short, and is very similar in substance to the *Uniform Privacy Act* and the Privacy Acts of British Columbia, Saskatchewan, Manitoba and Newfoundland. In style, though, it is more condensed. The Department of Justice's analysis of those Acts suggested that the essence of what they were saying could be expressed more simply, and the text that follows attempts to do this. (The *Uniform Privacy Act* is set out in full in the attached extracts from *Privacy: Discussion Paper #2.*)

Privacy Act

Chapter Outline

Tort	1
Invasion of privacy	2
Examples	3
Exclusions	4
Damages	5
Crown is bound	6

Her Majesty, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of New Brunswick, enacts as follows:

Tort

1 An invasion of the privacy of an individual is a tort and is actionable without proof of damage.

Section 1 contains the fundamental legal statement in this Act – namely, that "an invasion of the privacy of an individual is a tort." Sections 2, 3 and 4 provide additional detail on what kinds of conduct will or will not amount to an "invasion of privacy."

Making an invasion of privacy a tort means that it is a wrongful act for which an individual can sue. Adding that it is "actionable without proof of damage" means that the individual does not have to prove that he or she has suffered or will suffer harm or damage in order to be able to bring an action. It is the invasion of privacy itself that is actionable.

Note that under section 1, only an individual can bring an action for invasion of privacy. Organizations such as corporations will not therefore be able to do so.

Invasion of Privacy

2 An act is an invasion of privacy if

(a) it unduly intrudes into the personal affairs of an individual or into his or her activities, whether in a public or a private place, or

(b) it gives undue publicity to information concerning an individual.

This section provides the legal description of what an invasion of privacy is. Most of the comparable legislation in other Canadian provinces does not contain a provision of this sort, but Privacy: Discussion Paper #2 suggested that a general description might be useful if suitable wording could be devised. It proposed the wording that is now in section 2. Sections 3 and 4 of the Act supplement section 2 by providing, respectively, (a) some examples of conduct that may amount to an invasion of privacy, and (b) a list of situations in which conduct will not be an invasion of privacy.

The key concepts in section 2 are undue intrusion and undue publicity. The words "undue," or "unduly," make it clear that there is a question of degree involved in determining whether an invasion of privacy has occurred. Some degree of intrusion, and some degree of publicity may often have to be accepted as part of the give-and-take of living in society. When that degree becomes excessive, however, or "undue," it may amount to an invasion of privacy.

It will be up to the courts to determine in individual cases when the threshold of 'undueness' (so to speak) has been crossed. In some cases reasonable opinions may differ. This, though, is a normal feature of many kinds of tort actions that the courts deal with. Issues such as whether a defendant has exercised reasonable care when driving or has engaged in an unreasonable use of his or her land involve similar questions of degree. Courts determine them on a case by case basis, and each case serves as an example in future cases of what kinds of conduct are or are not acceptable.

Examples

3 Without limiting the generality of section 2, an invasion of privacy may arise from conduct such as the following if it occurs to the degree described in section 2:

(a) watching or following an individual;

(b) disturbing an individual in his or her home or any other private place;

(c) listening to or intercepting private communications; or

(d) disclosing information of a personal nature about an individual.

This section provides examples of kinds of conduct which may give rise to an invasion of privacy if they cross the threshold of 'undueness' that section 2 sets. This is not an exhaustive list. Any conduct which meets the test in section 2 is an invasion of privacy, whether or not it is listed in section 3 or is similar to something listed there. Section 3 is designed to indicate some of the kinds of conduct from which an invasion of privacy may result.

"Watching or following an individual" would include doing so physically or by electronic or other means. It would therefore include things like stalking individuals as well as high-tech surveillance of their activities.

"Disturbing an individual in his or her home or any other private place" might include such things as over-aggressive telemarketing or serious aggravations arising out of disputes between neighbours. It might also include cases arising out of unwelcome physical entrances onto the plaintiff's property if a substantial degree of intrusion took the case beyond being simply a trespass.

"Listening to or intercepting private communications" would extend to all forms of communications, including such things as conversations, letters, telephone calls and e-mails. How far any particular communication could be considered "private" would be a matter of degree. People can normally expect a high degree of privacy in the content of their letters, and a lower degree of privacy in relation to conversations that they knowingly conduct within earshot of others. With something like e-mails, there is currently quite an active discussion of how much privacy a person can reasonably expect. One's expectations in the office, for example, may well be different from one's expectations in the home. Generally speaking, the less private the nature of the communication, the more intrusion a

plaintiff would have to show in order to establish that an invasion of privacy had occurred.

"Disclosing information of a personal nature about an individual" differs from the other examples in section 3 in that it connects with paragraph 2(b), (giving undue publicity to information concerning an individual,) rather than to paragraph 2(a) (unduly intruding into his or her activities). "Information of a personal nature" might well be found in things like diaries and private correspondence. The paragraph indicates that a disclosure of information that is "of a personal nature" is more apt to give rise to an invasion of privacy than a disclosure of less personal information. However, the wording of section 2 leaves open the possibility that an invasion of privacy can also arise from giving "undue publicity" to information that is not "of a personal nature."

Before leaving section 3, it is worth repeating that the kinds of conduct described in the section do not in themselves amount to an invasion of privacy. It is only when they occur to the degree described in section 2 that this will be the result.

Exclusions

4(1) An act is not an invasion of privacy if

(a) the individual consented to it,

(b) it was done in the reasonable exercise of a lawful right of defence of person or property,

(c) it was authorized or required by law,

(d) it was done by a peace officer or other public officer acting in good faith and in the course of his or her duty,

(e) the person doing the act neither knew nor reasonably should have known that the act would constitute an invasion of privacy,

(f) the person doing the act reasonably believed it was done in the public interest, or

(g) the act would be privileged under the law of defamation.

4(2) In determining whether an act is an invasion of privacy, the court shall have regard to all the circumstances, including any domestic or other relationship between the parties.

This section performs two functions. Subsection (1) sets out a variety of factors which negative the existence of an invasion of privacy. An act which could in some circumstances be an invasion of privacy will not be one if one of the listed factors is present. Subsection (2) is designed to ensure that when a court decides whether an invasion of privacy has occurred, it looks at the situation in an all-encompassing way. The existence of things like family relationships, employment relationships and even adversarial relationships can be relevant to deciding what kinds of conduct will amount to an invasion of privacy in a particular situation.

The factors listed in subsection (1) can be divided into three groups: paragraphs (a) to (d), paragraphs (e) and (f), and paragraph (g)

Paragraphs (a) to (d) are typical features of the Privacy Acts of other Canadian provinces. Paragraph (a) means that a person cannot complain that an act is an invasion of his or her privacy if he or she has consented to it. Consent might be given verbally or in writing, but often it may be inferred from the person's actions. For example, by allowing guests in one's house one impliedly consents to activities that, done by someone else, might well be considered an invasion of privacy. Paragraph (b) allows people to take reasonable acts to defend their persons or property. The "defence of person or property" that is perhaps the most likely to give rise to a possible invasion of privacy is an investigation into the conduct of a person with whom one may be in a legal dispute. An insurance company, for example, which believed it was dealing with a possibly fraudulent claim would be able to defend its person or property by taking reasonable steps to investigate whether the claim was truthful. Paragraph (c) simply permits people to do the things that they are authorized or required to do by things such as legislation, common law rules, and orders from courts or administrative tribunals. Paragraph (d) provides protection to agencies such as police forces, government inspectorates and social work agencies as long as they are acting in good faith and in the course of their duties.

The second group of factors in subsection 4(1) are in paragraphs (e) and (f). These are modelled on provisions in some of the other Canadian Privacy Acts, but they are not standard features in their own right. Their effect, generally, is that people who have acted reasonably will not be held liable in actions for invasion of privacy. Thus paragraph (e) provides a defence to people whose actions do in fact unduly intrude or give undue publicity, but who had no reason to foresee this result. A newspaper, for

example, might publish information that appeared harmless but turned out to be deeply embarrassing to an individual for personal reasons. Paragraph (f) protects people who "reasonably believe" they are acting in the public interest – perhaps by whistle-blowing or something of the sort – but who turn out to be mistaken.

Paragraph (g), which refers to acts that would be "privileged under the law of defamation," requires more explanation. This paragraph relates specifically to invasions of privacy that arise from giving undue publicity to information concerning an individual. Giving publicity to information about an individual will normally amount to defamation if the information is untrue and is damaging to the individual's reputation. The person sued, however, has a defence if the statement was "privileged." There are two major categories of privilege. "Absolute privilege" applies primarily in court proceedings and in the Legislative Assembly. It protects judges and MLAs, for example, from being sued for defamation for anything they say there in the course of their duties. "Qualified privilege" is a broader defence, available to anybody. A person who believes that what he or she says is true, and who says it to a person who has a legitimate interest in receiving it, will not be liable for defamation even if what he or she says turns out to be incorrect and damaging to another person's reputation. An example is a statement made to the police during the investigation of a crime. The effect of paragraph (g) is that where a person would be protected from an action for defamation by one or other of these privileges, he or she will also be protected from an action for invasion of privacy.

Damages

5 In assessing damages in an action for invasion of privacy, the court may take into account

(a) the seriousness of the invasion of privacy, and

(b) any financial benefit that the defendant derived from the act complained of.

This section provides some small adjustments to the law relating to the calculation of damages. If invasion of privacy is made a tort, as it is under section 1 of the Act, the standard remedies of tort law naturally apply. The major ones are damages, declarations and injunctions. Section 5 fine-tunes the law on damages, making it clear that the amount of the award can include an assessment of other things than simply the loss that the invasion of privacy causes to the plaintiff.

The effect of paragraph 5(a) is that, whenever an invasion of privacy occurs, the court can set the damages at an amount that reflects the severity of the invasion of privacy. This would be separate from, and independent of, the question of whether exemplary or punitive damages might be awarded. Courts in Canada are traditionally reticent about giving punitive or exemplary damages, but in relation to invasions of privacy, the nature of the wrongdoer's conduct is often a key element in determining how seriously the plaintiff's privacy has been invaded. Paragraph 5(a) therefore allows the court to consider the nature of the wrongdoer's conduct in all cases, whether or not that conduct satisfies the traditionally strict test that the courts have set for awarding exemplary or punitive damages.

Paragraph 5(b) is narrower in application. It reflects the fact that invasions of privacy may in some cases produce a gain for the wrongdoer that is greater than the loss to the person whose privacy is invaded. An example might be when the wrongdoer tries to sell photographs or other material that has been obtained by an invasion of privacy. Under paragraph 5(b), if the wrongdoer had in fact sold the material, an award of damages could take into account the price received. If the wrongdoer had not yet sold the material, but was planning to, it would be more likely that an injunction would prevent the sale, so the award of damages would not need to take the sale price into account.

Crown is bound

6 This Act binds the Crown.

Section 6 is included for purely technical reasons. Under Section 32 of the Interpretation Act, "No Act or regulation impairs or adversely affects the rights of the Crown unless it is expressly stated therein that the Crown is bound thereby." Section 6 therefore makes it clear that this Act does bind the Crown and that the Crown can therefore be sued for invasion of privacy.

Privacy: Discussion Paper #2 also mentioned some other technical details that were referred to in some of the legislation in other Canadian provinces, but are not mentioned in the Privacy Act. The main ones were (1) whether an action could be brought or continued after the plaintiff had died, and (2) what the limitation period for an action for invasion of privacy should be.

As to item (1), the legislation in some other provinces says that an action for invasion of privacy cannot be continued by the estate of an individual if the individual dies before judgment has been obtained. Such a rule would seem out of place in New Brunswick. Under the Survival of Actions Act the general rule is that if a person who has a right to bring a civil action dies, his or her estate can continue an action that has already begun, or may begin one if it has not. There is no obvious reason to make an exception to this in the Privacy Act by saying that the individual must live until judgment is received. The individual will, however, need to be alive at the time that the invasion of privacy occurs; otherwise, no invasion of privacy within the meaning of section 2 can arise.

As to item (2), the general limitation period for actions in tort is "six years after the cause of action arose" (section 9, Limitation of Actions Act). After that period, a plaintiff can no longer sue. The six year period is nowadays interpreted as starting from the date when the plaintiff either knew or should have known that a tort had occurred. Again, there is no obvious reason for creating a separate rule for actions for invasions of privacy, and since the Privacy Act says nothing on the subject, the general rule will apply.

The Act also contains no provisions on commencement (i.e., when the Act comes into force) or on transition (i.e., how the Act applies to things that happen before it comes into force). The result is (a) that the Act will come into force as soon as it receives Royal Assent, and (b) that people will only be able to sue for invasions of privacy that occur from that time on.

APPENDIX

Extract from *Privacy: Discussion Paper #2*

[*Note*: The expression "data protection" in this extract means the same as "protection of personal information" in the introductory section of this Commentary.]

II. Privacy in General

As was pointed out in the Introduction to this Paper, "privacy" is a much broader concept than "data protection". When people speak of their privacy they would normally think of things like the peace and quiet of their homes, their ability to communicate without third parties listening in, and protecting the details of their lives from unwanted publicity. Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which establishes privacy as one of the internationally recognized human rights, and to which Canada is a party, catches the general flavour of this:

> No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attack upon his honour and reputation. Every one has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

In its 1997 report *Privacy: Where Do We Draw the Line?* the House of Commons Standing Committee on Human Rights and the Status of Persons with Disabilities offered the following as its key statement of "fundamental privacy rights" (p.35):

> Everyone is entitled to expect and enjoy:
>
> - physical privacy;
> - privacy of personal information;
> - freedom from surveillance;
> - privacy of personal communications;
> - privacy of personal space.

Data protection is evidently only one part of this. It falls primarily into the realm of "privacy of personal information", but even there, data protection, with its focus on "recorded information" and "organizations," and its exclusion of personal and household activities, does not cover all of the ground.

The purpose of this Part of this Paper, therefore, is to consider whether New Brunswick should adopt legislative measures to protect 'privacy' in the more general sense. Two specific approaches are identified. One is to expand the existing *judicial* remedies by establishing a 'tort' of invasion of privacy. A 'tort' is a wrongful act for which an aggrieved individual can seek the normal civil remedies of damages, declarations and injunctions. The other is to establish *non-judicial* (or administrative) remedies for infringements of privacy. These two approaches are the natural extensions of the discussion in Part I of possible "civil remedies" and "administrative remedies" under data protection legislation. The House of Commons Standing Committee, though it clearly supported non-judicial remedies for infringements of privacy, paid little attention to judicial remedies. This is surprising. The

Committee's principal recommendation was that Parliament adopt in the federal sphere a "Charter of Privacy Rights" that would have a quasi-constitutional status (p.45). As will be seen, however, the key elements of the Committee's "fundamental privacy rights" (quoted above) are very much the kind of things that some provinces do, and New Brunswick might, assert by way of a 'tort' of invasion of privacy.

A. Judicial Remedies for Invasion of Privacy

The path that the next few pages will take is relatively well-trodden. In countries such as England, Australia and Canada there have been several studies of the similar judicial remedies that are available for the protection of privacy interests. The shared background of these studies is that there is no established remedy for an invasion of privacy as such, but that privacy interests can be protected through a number of other remedies such as actions for trespass or for breach of confidence. The discussion, therefore, is of the scope of the established remedies, of how much more could or should be done to ensure that privacy can be adequately protected, of whether the best way forward, if more should be done, is through legislation or through judge-made law, and of whether, under either of those two approaches, the sounder legal framework is to develop the existing remedies or to create a new tort of "invasion of privacy".

That discussion also refers to experience in the USA for contrast. There the courts have recognized a common law right of privacy for many years. The case-law has been analyzed as recognizing four main categories of actionable invasion of privacy: (1) intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his or her private affairs; (2) public disclosure of embarrassing facts about the plaintiff; (3) publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye; and (4) appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness.

In Canada, where the position is described at length by Ian Lawson in his book *Privacy and Free Enterprise* (1993, Public Interest Advocacy Centre), the discussion has some special features. One is that five Provinces have in fact legislated to create a specific tort of invasion of privacy. Four of these -- B.C., Saskatchewan, Manitoba and Newfoundland -- are common law provinces where the remedy was new. The fifth is Quebec, where the remedy originally evolved through interpretation of general provisions of civil responsibility in the former *Civil Code*, but has now been expressly included in the new one. Quebec's *Charter of Human Rights and Freedoms* also contains, as art.5, a provision that "Every person has a right to respect for his private life." Unlike the Canadian *Charter*, this provision is directly enforceable between citizens.

Another special feature of the Canadian debate is that in the common law provinces where there is at present no legislation, the courts have recently become more willing to consider that perhaps a general tort of invasion of privacy may exist at common law. In a few cases in Ontario damages have been awarded on this account. A recent decision of the Court of Appeal of Prince Edward Island commented that "the courts in Canada are not far

from recognizing a common law right of privacy, if they have not already done so" (Carruthers CJPEI, *Dyne Holdings Ltd. et al v Royal Insurance Co. of Canada* (1996) 138 Nfld.& PEI R, 318). These developments complicate the issue of whether it is *legislators*, specifically, who should take action to establish invasion of privacy as a tort, or whether the courts should be left to develop, case by case, this new field of liability. If the case law were clearer that there either is or is not a general tort, it would be easier to assess the contribution that legislative measures might appropriately make.

So far as the judicial remedies are concerned, the key issue is whether New Brunswick should enact legislation that makes an invasion of privacy a tort. As with the data protection section of the Paper, there is a specific legislative model around which the discussion will centre. This is the *Uniform Privacy Act* adopted by the Uniform Law Conference of Canada in 1994. The *Uniform Act* draws upon and attempts to improve the existing provincial statutes, all of which are similar in substance, though different in some of their details. There is no obvious reason for this Paper to attempt to invent something completely different. The Paper will therefore describe the Act, and present three major policy options in relation to judicial remedies for invasions of privacy. One is to adopt legislation substantially similar to the *Uniform Act*. Another is to decide that there should not be a tort of invasion of privacy at all. The third is to say that *if* there is to be a tort of invasion of privacy, it should be left to be developed by the courts rather than established by legislation.

Proposition #34

Discussion of a statutory tort of invasion of privacy should be based on the *Uniform Privacy Act* prepared by the Uniform Law Conference of Canada, set against the background of existing judicial remedies that may protect privacy interests.

A.1 Existing Remedies

The existing legal remedies for invasion of privacy are found under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, under various federal and provincial Acts and in various existing torts. None of these contains an established and general remedy for 'invasions of privacy' as such. As was mentioned above, there is currently a theoretical debate as to whether, at common law, a general tort of 'invasion of privacy' exists, but if it does, it is certainly not yet "established." By contrast, the other remedies that will be referred to are clearly "established," and can be used to protect *some* privacy interests, but they are not "general."

a. The Canadian Charter of Rights and Freedoms

Privacy under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* can be dealt with fairly briefly. The *Charter* contains no express right of privacy. The courts, however, including the Supreme Court of Canada, have held that a right of privacy is implicit in other express provisions of the *Charter*, notably s.7 and s.8. They appear to talk quite freely of a

"constitutional right of privacy" despite the absence of any express provision on the subject in the *Charter*.

S.7 of the *Charter* says that "Everyone has the right to life, liberty and the security of the person, and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice." The courts have held that privacy can be an element of "liberty" and of "security of the person." They have held that there is at least a "biographical core of personal information," which may tend to reveal "intimate details of lifestyle and personal choice," that is entitled to protection under this section. Arguably there may be more, but there is at least this much.

S.8 of the *Charter*, says that "Everyone has the right to be free against unreasonable search and seizure." The courts have held the test of whether a search or seizure is "unreasonable" is whether it violates a "reasonable expectation of privacy". "Searches" and "seizures" have been held to include not only physical searches and seizures in the obvious context of criminal law enforcement, but also other forms of mandatory information-gathering. Obtaining information from willing third parties has also been held to be a search or a seizure in some cases -- e.g. *R v Dyment* (1988) 89 N.R. 249, where a doctor voluntarily provided the police with a blood sample from an injured driver which showed that the driver had been impaired at the time of an accident, and *R v Plant* [1993] S.C.R. 281, where a power company voluntarily made electricity consumption records available to the police. (In the latter case, the police "search" by checking the records was held not to be an "unreasonable" one, since in the view of most of the Supreme Court justices, though not all, records of electricity consumption did not disclose "intimate details of lifestyle and personal choice" in which the householder could have a "reasonable expectation of privacy.")

Charter protection, however, is not absolute. Under s.7, for example, a person *can* be deprived of "life, liberty and security of the person" if this is done "in accordance with the principles of fundamental justice." Under s.8, what it protected is a "*reasonable* expectation of privacy." Under s.1, moreover, all *Charter* rights are subject to "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society." More important than this, though, in terms of the availability of *general* remedies for invasions of privacy, is that the *Charter* only applies to the actions of governments. It will not normally apply to privacy issues as between citizens. As a remedy in the private sphere, therefore, any *Charter* right of privacy is of limited application.

b. Federal and provincial Acts

Protection of privacy under federal and provincial Acts can be dealt with even more briefly. Unlike the provisions of the *Charter*, which, though general, only apply as between the citizen and the government, federal and provincial Acts are specific. They may provide privacy protection, but only in relation to a particular subject-matter.

At the federal level, legislation such as the *Criminal Code* and the *Privacy Act* obviously come to mind. The procedural provisions of the *Criminal Code* regulate the powers

of the police in investigating offences, and substantive offences under the *Code* cover things such as interception of private communications (s.184) and 'watching and besetting' (s.423). The *Privacy Act* deals with data protection in the institutions of the federal government, and the legislation that the federal government is currently developing for the private sector will apply data protection rules to those elements of the private sector that fall under federal legislative competence.

General legislation on privacy does not exist at the federal level. Normally speaking, privacy would be considered to be a subject that falls within provincial legislative competence under s.92 of the *Constitution Act 1867* as a matter of "property and civil rights" within the province. Even if wide-ranging privacy protection legislation were available under one head or another of federal legislative competence -- perhaps the Criminal Law power -- it might still be legitimate to ask, in a paper such as this one, whether civil remedies should be available to individuals under provincial legislation, in addition to whatever protections might be available under the federal laws.

As for privacy protection under provincial Acts, the position is that some specific New Brunswick Acts deal with subject-matter that is often identified as raising privacy concerns, but that there is no general legislation dealing with invasions of privacy as such, either through civil remedies or through the province's power to create so-called 'quasi-criminal' offences on matters within its legislative competence. Existing provincial legislation covering areas that are often of concern from a privacy point of view includes the *Direct Sellers Act*, the *Collection Agencies Act* and the *Private Investigators and Security Services Act*.

c. Common Law

In his book *Privacy and Free Enterprise*, Ian Lawson describes at length a number established common law remedies that may be available when privacy is invaded, depending in each case on the nature of the conduct complained of. He also discusses the possibly emerging tort of invasion of privacy. Among the many established torts that Lawson mentions, the following appear to be the most important.

(i) Trespass to land. This tort permits an occupier of land to decide who is or is not allowed to enter the property. This is obviously an important instrument for preserving 'spatial privacy'. Less familiar is the tort of 'watching and besetting' a person's house or business in order to compel the occupier to do something, which extends the protection of tort law to some actions done *off* the occupier's property. Extended applications of the tort of *nuisance* have also provided protection against some actions done without entry to an occupier's premises. Examples include *Poole & Poole v Ragen and the Toronto Harbour Commissioners* [1958] O.W.N.77, where the plaintiffs won damages and an injunction against the Toronto Harbour police, who for three months had followed the plaintiffs' boat back and forth through the harbour, and *Motherwell v Motherwell* (1976) 73 D.L.R. (3rd) 62, a dispute among family members in which the plaintiff harrassed the defendants by telephoning them an inordinate number of times with complaints about another family member.

(ii) Assault and *trespass to the person.* Under these torts it is wrongful to touch another person without consent. These torts are the basic protections of 'personal privacy', the privacy of one's body.

(iii) Defamation and *breach of confidence.* The long-established tort of defamation involves the publication of false information that harms the reputation of the plaintiff. Breach of confidence, a tort which is itself in the course of evolving, provides a remedy against the disclosure of confidential information which one person obtains from another, and in which the person providing the information has a reasonable expectation of privacy. Both torts obviously apply in the area of 'information privacy'. Another tort that may apply is *injurious falsehood,* the making of untrue statements with a view to causing pecuniary damage. As with defamation, the information must be false, but unlike defamation, it is not necessary that the statements be harmful to the reputation of the plaintiff.

Traditionally, in countries such as Canada, Australia and the United Kingdom, the question of whether legislative measures are required for the protection of privacy has depended on an assessment of the adequacy of torts such as these. More recently in Canada the question has been complicated by the emergence of a small number of cases suggesting that invasion of privacy may be in the course of becoming established as a tort by virtue of judicial decisions, without the need for *legislative* intervention. Cases include *Saccone v Orr* (1981) 34 OR (2d) 317, where the defendant secretly recorded a telephone conversation with the plaintiff and subsequently played it at a town council meeting, and *Roth v Roth* (1991) 4 OR (3d) 740, where a dispute between neighbours over the use of an access road led to a general campaign of harrassment that was held to include an infringement of the plaintiffs' privacy.

On the question of whether the established tort remedies are sufficient there are two schools of thought. One says that they are. The argument here accepts that there is no specific right of action for invasion of privacy, but points out that there is no express remedy for other important human rights such as "liberty" or "security of the person" either. Rights such as these, it is said, are abstract, and like the right to privacy, they are generally enforced through a variety of specific remedies, with different remedies -- an action for false imprisonment, an application for *habeas corpus*, and so on -- being available in different situations.

The existing remedies, on this argument, are substantially adequate to the task of protecting privacy, and if specific inadequacies in them can be demonstrated, the better approach is to revise the existing remedy rather than to invent a completely new one. Experience in America is referred to as suggesting that an apparently broad 'right of privacy' will in fact resolve itself into a small number of claims which are similar in nature to existing torts. Concern is expressed that a tort of invasion of privacy would be an unknown quantity, and might interfere with other important values such as freedom of expression and the freedom of the press.

The other side of the argument is that privacy is a clear enough concept that it can be satisfactorily defined, and that it is an important enough value that it should be protected expressly. On this view the existing tort remedies would be considered inadequate to the task, because each has its own conceptual framework, and each will fall short in particular situations. A classic example might be a case such as the English case of *Kaye v Robertson* (Appendix I to the *Report of the Committee on Privacy and Related Matters* -- the "Calcutt Committee" -- 1990, HMSO). Here newspaper reporters entered a hospital room where a celebrity was recovering from brain surgery after a serious accident. The reporters ignored notices to keep out. They interviewed the patient and took photographs. They said that the patient did not object, though in the view of the Court of Appeal, it was and should have been obvious to the reporters that the patient was in no condition to consent. The reporters then proposed to publish the photographs and an article based on the interview. In the absence of a cause of action for invasion of privacy, the patient tried to prevent publication on grounds of libel, malicious falsehood, trespass to the person and passing off. All he succeeded in getting, however, was an injunction to the effect that the newspaper could not publish anything implying that he had consented to the interview. Bingham L.J. commented:

> The Defendants' conduct towards the Plaintiff here was a "monstrous invasion of his privacy" (to adopt the language of Griffiths J in *Bernstein v Skyviews Ltd.* [1978] QB 479 at 489G). If ever a person has a right to be let alone by strangers with no public interest to pursue, it must surely be when he lies in hospital recovering from brain surgery and in no more than partial command of his faculties. It is this invasion of his privacy which underlies the Plaintiff's complaint. Yet it alone, however gross, does not entitle him to relief in English law.

Both sides of the argument about a tort of invasion of privacy are credible. Both also depend to a large extent on their proponents' differing views as to the ability of legislators or the courts to find a definition of 'invasion of privacy' that is both clear and manifestly useful. Those who would prefer to work with the established torts fear that establishing a broad concept of invasion of privacy would raise more questions than it answered. Among these was the Calcutt Committee, which, despite cases such as *Kaye v Robertson*, felt that other measures, including the establishment of some focused criminal and civil remedies, was preferable to creating a wide-ranging tort of invasion of privacy. On the other hand, those who prefer an express remedy for invasion of privacy consider that a workable definition can be established, and that without it the law will never be able to focus directly on the real problem.

A.2. A Tort of Invasion of Privacy?

To provide the material on which this discussion can reach a conclusion, this Paper will take much the same approach as it took in relation to data protection and the CSA Code. On the basis of the *Uniform Privacy Act* it will state a number of propositions about how legislation establishing a tort of invasion of privacy might be expressed. There can then be public debate about whether legislation in these or similar terms would be desirable. The

Uniform Act is presented in its entirety in Appendix C. A slightly revised approach derived from the propositions in this Part of this Paper is presented in summary form in Appendix D.

a. "Invasion of privacy"

The key elements of the *Uniform Act* are (a) a broad statement that "Violation of the privacy of an individual by a person is a tort that is actionable without proof of damage" (s.2); (b) a list of specific activities that will "in the absence of evidence to the contrary" be considered to be a violation of privacy (s.3); and (c) a list of defences (s.4). This general framework is common to the other Canadian legislation as well -- though the statutes vary on the question of whether it is only individuals (as opposed to corporations, for example) who can sue for an invasion of privacy.

The activities that the *Uniform Act* identifies as presumed invasions of privacy are (in abbreviated form) (a) auditory or visual surveillance of the individual, (b) listening to or recording another person's conversations, (c) publication of letters, diaries or other personal documents, and (d) wrongful dissemination of information concerning an individual. This list is not exhaustive; other unlisted acts may also be found to amount to an invasion of privacy.

The defences (similarly abbreviated) are (a) that the plaintiff consented to the activity, (b) that the defendant acted in lawful defence of person or property, (c) that the activity was authorized or required by law, (d) that the defendant was lawfully investigating an offence, (e) that the defendant's action was reasonable, having regard to any relationship, domestic or otherwise, between the parties, (f) that the defendant neither knew nor reasonably should have known that his or her act would violate the privacy of any individual, and (g) that the act complained of was a reasonable publication in the public interest.

One thing that this approach does not contain is a general description or definition of what an invasion of privacy is. The defences identify things that are *not* an invasion of privacy, and the examples identify some specific activities that are *likely* to be an invasion of privacy, but beyond that the key statement in the legislation is simply the open-ended statement that a "violation of the privacy of an individual . . . is a tort."

Is this acceptable, or should legislation try to be more explicit? The calculation of the *Uniform Act*, and others like it, is presumably that if legislation tries to explain what an "invasion of privacy" is, it will restrict the ability of the courts to develop this new tort in the context of the specific cases that come before them. The argument on the other side is that without at least some sort of definition, the new tort is unacceptably vague.

In principle, one would think, a general description of what an "invasion of privacy" is would be a useful feature of legislation. The following Proposition therefore suggests one. If the definition is satisfactory, it could be part of an enactment. If it is not, approaches more like that of the *Uniform Act* might be more acceptable.

This definition, one should note, would not have to be complete in the sense of, say, the 'fundamental privacy rights' described by the House of Commons Standing Committee on Human Rights and the Status of Disabled Persons. The definition would be intended as a description of an actionable wrong rather than of a human right, and would proceed on the basis that other torts will continue to exist, so that invasions of privacy by trespass, assault, libel, breach of confidence, and so forth, would continue to be dealt with by other means. The purpose of the definition would be to describe the essence of the new tort that the legislation was to add to the existing catalogue.

Proposition #35

An invasion of privacy might be defined as follows:

An act is an invasion of privacy

(a) if it unduly intrudes into the personal affairs of an individual, or into his or her activities, whether in a public or a private place, or

(b) if it gives undue publicity to personal information concerning an individual.

If a definition along these lines would be too limiting, is an approach like that of the *Uniform Act* acceptable, or is it too uncertain? It should be noted here that some of the existing provincial Acts spell out in more detail the 'unreasonableness' criterion that the *Uniform Act* mentions briefly as a defence under s.4(1)(e). British Columbia's Act, for example, says:

> 1(2) The nature and degree of privacy to which a person is entitled in a situation or in relation to a matter is that which is reasonable in the circumstances, giving due regard to the lawful interests of others.
>
> 1(3) In determining whether the act or conduct of a person is a violation of another's privacy, regard must be given to the nature, incidence and occasion of the act or conduct and to any domestic or other relationship between the parties.

Other existing legislation in the common law provinces (but not Quebec) is also more cautious than the *Uniform Act* in describing the kind of conduct that will amount to an invasion of privacy. In B.C., Saskatchewan and Newfoundland it is only where a person "wilfully and without a claim of right" violates the privacy of another that he or she commits a tort. In Saskatchewan the expression is "substantially, unreasonably and without claim of right".

Whether qualifiers of this sort would be necessary in legislation establishing a tort of invasion of privacy would depend to a considerable extent on whether the legislation

contained a general definition of an invasion of privacy along the lines of Proposition #35. Generally speaking, one would have thought that a 'reasonableness' test would be an appropriate element of the legislation. Establishing a 'wilfulness' threshold, however, might well seem excessive.

Proposition #36

If a definition along the lines of Proposition #35 would be too limiting, invasion of privacy legislation should at least contain an 'unreasonableness' threshold before conduct would be considered to amount to an invasion of privacy.

One of the specific examples of invasion of privacy in s.3 of the *Uniform Act* is this:

(d) dissemination of information concerning the individual that has been gathered for commercial or governmental purposes if

(i) the dissemination is contrary to a statute or regulation, or

(ii) the information was provided by the individual in confidence, and the dissemination is made for a purpose other than the purpose for which the information was provided.

The general defences in the Act would apply, of course, including 'consent' and 'reasonableness' (see below).

There is an obvious link here to data protection issues. S.3(d) can be seen as a demonstration of how a tort statute might attempt to get to the essence of data protection legislation in a few short words that might perhaps make more extensive legislation unnecessary. S.3(d) does not have a counterpart in the Privacy Acts of B.C., Alberta, Saskatchewan or Newfoundland. In Quebec, however, basic data protection principles are found in arts.37 to 41 of the *Civil Code*; the more extensive public sector and private sector data protection statutes are an extension of the *Civil Code* provisions.

One would obviously have to think carefully about a provision like s.3(d) before deciding that it should be included in an invasion of privacy statute. If New Brunswick adopts data protection legislation along the lines described in Part I of this Paper, the data protection Act would presumably be the place where the legislative policy on civil remedies was set out -- whether, ultimately, that policy included them or deliberately excluded them. If, however, data protection legislation is not eventually adopted, s.3(d) might deserve further study. It appears to be narrower in scope than a data protection Act, which might make it more acceptable. On the other hand, if the present consultation indicates that private sector data protection legislation is not desirable, the reasons may be such that s.3(d) would be equally undesirable.

Proposition #37

A decision on whether 'wrongful dissemination of information about an individual' might amount to a tort of invasion of privacy should await the outcome of the consultation on private sector data protection legislation.

b. Defences

Next comes the question of whether the specific defences in s.4 of the *Uniform Act* are appropriate and need to be stated. Here again there is substantial consistency between the provincial Acts. It is common ground that there should be a defence against actions for invasion of privacy if the defendant acted with consent, or in lawful defence of person or property, or was authorized by law, or acted for law enforcement purposes, or published information in the public interest. Two features of the *Uniform Act* that are less standard, though, are s.4(1)(d) -- that the conduct is "reasonable, having regard to any relationship, domestic or otherwise, between the parties" -- and s.4(1)(e) -- that the defendant "neither knew nor reasonably should have known that the act, conduct or publication would violate the privacy of an individual." Both of these seem acceptable in substance, though exactly where they belong in legislation would depend on whether a general definition of 'invasion of privacy' or a 'reasonableness threshold' were a part of the legislation.

One other small point is that the *Uniform Act* deliberately omitted one specific defence that appears in the Saskatchewan Act alone. This is that the act complained of "was that of a person engaged in news gathering . . . for any newspaper . . . or . . . broadcaster . . . and such act was reasonable in the circumstances and was necessary for or incidental to ordinary news gathering activities." The report prepared for the Uniform Law Conference argued that a special provision for news-gatherers was not appropriate: that if such a provision gave news-gatherers any real protection it was, in effect, giving them a special privilege that allows them to violate the privacy of individuals.

Proposition #38

In substance, the defences listed in s.4 of the *Uniform Act* are appropriate.

c. Remedies

S.5 of the *Uniform Act* deals with remedies. It spells out that a court can award damages and grant injunctions, can order the defendant to account for any profits arising out of the invasion of privacy or to return any items obtained from it, and can grant any other relief to the plaintiff that the court considers necessary in the circumstances.

These remedies are substantially common to the Saskatchewan, Manitoba and Newfoundland Privacy Acts. By contrast, B.C's Act and the privacy provisions of Quebec's *Civil Code* say nothing about remedies, relying on the general law on the subject. Which approach is preferable is largely a matter of technical judgment, based on one's best assessment of what the courts will do either with or without statutory guidance on the subject.

In substance, however, s.5 seems to contain a reasonable statement of what the available remedies should be.

Proposition #39

The remedies described in s.5 of the *Uniform Act* should be available for an invasion of privacy, though they may not need to be expressly stated in legislation.

S. 6 of the *Uniform Act* goes on to mention a variety of things that a court can consider in assessing damages for an invasion of privacy. These include things like "the nature of the act . . . and the context in which it occurs" and "the conduct of the plaintiff and of the defendant before and after the act . . . including any apology or offer of amends made by the defendant." The section also makes clear that the court may award punitive damages in appropriate cases.

Though the section does not seem objectionable, this is probably one of those cases in which the less the legislation says, the better. The main effect of s.6 is to make it clear that the conduct of the defendant can be relevant to the calculation of damages for an invasion of privacy, but it is doubtful that this really needs to be said -- or more importantly, perhaps, it is doubtful that it should be highlighted as compared to other factors that might be equally important. The courts in Quebec have several years' experience of developing damage awards for invasions of privacy, and in the few recent cases from Ontario, figures have been developed in which the harm done was not measured simply in terms of financial loss. The actual level at which damage awards would be set would probably take some time to become settled, whether under a provision like s.6 or without such a provision, but even without such a provision the courts could be relied on to develop appropriate measures.

Proposition #40

The rules on calculation of damages for a tort of invasion of privacy could satisfactorily be left to be developed by the courts.

d. Technical matters

The *Uniform Act* closes with some provisions on technical legal matters -- the relation of this tort to other torts, and whether the Act binds the Crown. Other existing provincial Acts deal with things like limitation periods, precedence as between this Act and other Acts, the inadmissiblity in civil proceedings of evidence obtained in violation of the Act and the question of whether it is possible to 'invade the privacy' of a person who is deceased.

Technical issues of this sort do not need to be discussed in any detail here. The best approach to dealing with them seems to be to adopt the general policy that the tort of invasion of privacy, if established by legislation, should be a tort like any other. From this general principle answers to most of these technical issues would follow. The one item that has more

substance, though, is the question of whether one can 'invade the privacy' of a person who is deceased. The most natural answer seems to be "no," especially following the idea set out in relation to s.2 of the *Act* that only individuals can sue for an invasion of privacy. B.C., Saskatchewan and Newfoundland appear to take this one step further, and say that if an invasion of privacy occurs before a person dies, the right of action is extinguished by his or her death. Whether this is the right approach would require further consideration.

Proposition #41

Technical questions on matters such as limitation periods, binding the Crown, precedence of Acts and admissibility of evidence should be decided on the basis that the tort of invasion of privacy, if established by statute, would be established as a tort like any other. There should be no right of action for an invasion of the privacy of a person who is deceased.

A.3 To Legislate or Not?

With the assistance of the discussion of the *Uniform Act* one can now return to the main question that this Section considers. Should there be legislation to establish a tort of invasion of privacy or not? Two possible legislative models are presented in the appendices. Appendix C is the *Uniform Act*. Appendix D states in summary form a slightly different approach based on the propositions in this paper. The two would be similar in effect. The main differences are (1) that Appendix D includes a generic definition of 'invasion of privacy', while Appendix C does not, and (2) that Appendix D excludes the material on remedies that Appendix C contains. In their outlines, however, the two are comparable. A decision to enact invasion of privacy legislation requires a decision that legislation substantially along these lines is desirable.

As was stated earlier, there are three main conclusions that the present consultation could reach. One is that legislation substantially similar to the *Uniform Act* should be adopted. Another is to decide that there should not be a tort of invasion of privacy at all. The third is to say that *if* there is to be a tort of invasion of privacy, it should be left to be developed by the courts rather than established by legislation. The arguments for these last two positions have not been mentioned for some time. They therefore deserve a brief review before the discussion closes.

"There should not be a tort of invasion of privacy."

The general argument against a tort of invasion of privacy is, in short, that the tort is unnecessary, undefinable, inappropriate and misconceived. It is unnecessary because other established tort remedies are substantially adequate to protect privacy interests. It is undefinable because privacy is too subjective a concept to support a workable legal definition. It is inappropriate because it presents too great a threat to desirable activities (e.g. legitimate reporting) to counter too small a problem. It is misconceived because it ignores the necessary

give and take of everyday life, assuming too readily that any insult to one's dignity must necessarily give rise to a legal remedy.

These are issues on which the legislative models discussed in this Paper can cast some light. One can start with the question of definability: discussion of the legislative models will determine whether the tort is satisfactorily described. One can then move to the question of appropriateness: does legislation along these lines actually pose a threat to desirable activities, or does it not? Whether the tort is misconceived also depends heavily on the way in which the legislation is expressed: does it accurately capture those kinds of insults to dignity that *should* be the subject of a legal remedy, or does it go too far. Whether the tort is necessary, however, cannot be assessed by considering the terms of the tort alone. There are certainly some gaps in the established tort remedies that a tort of invasion of privacy might fill. For the opponents of the tort, however, those gaps are small and tolerable.

One should probably add that if the present consultation leads to the conclusion that there should *not* be a tort of invasion of privacy, it would presumably be appropriate to look again at the common law on the subject, and to consider whether its further development in New Brunswick should be nipped in the bud. That, however, is a decision for another day.

"If there is to be a tort of invasion of privacy, it should be developed by the courts, not by legislation."

The argument here is primarily one of method, but issues of substance are also involved.

When torts are developed by the courts, the process evolves step by step, one case at a time. As more cases are decided, similarities and connecting principles emerge. Sometimes new principles evolve as courts look at old decisions in a new light. The advantage of this is that the law develops gradually, and each decision comes with a particular set of facts that illustrate what, in practical terms, the tort really amounts to. The disadvantage is that development by this method can be slow and unpredictable. It depends on the facts that litigants present to the courts and on the decisions that judges reach on those facts.

In Canada there appears to be enough case-law now that the courts in New Brunswick could develop a tort of invasion of privacy if suitable cases were presented to them. On the other hand, it is also possible that they might decide not to. They might, for example, accept the argument that a general tort of 'invasion of privacy' is just too vague to be acceptable. They might decide that other existing torts provided more appropriate legal frameworks for deciding the disputes that were litigated. Each case would contain a reasoned explanation of why the court decided as it did. If a tort of invasion of privacy failed to become established through the case-law, it would presumably be because experience suggested that the potential tort contained inherent difficulties that were too great to be resolved.

A decision that a tort of invasion of privacy should be developed by the courts (if at all) reflects a preference for a gradual approach to the development of the law in this area, a preparedness to 'wait and see', and to accept that perhaps the results of the process may be different from what, at the outset, one might think to be desirable. This would apply not only to the question of whether the tort should be recognized at all, but also to its details if it were. On matters such as whether a corporation could have 'privacy' that could be 'invaded', for example, a court might reach a different conclusion from the one suggested in this Paper.

If there is substantial ambivalence about whether a tort of invasion of privacy should exist, and if so, how it might be described, taking a 'wait and see' approach might be sensible. As things stand, it seems more likely than not that a tort of invasion of privacy will become established through case law -- some would argue that the tort is already established, though not yet developed -- but one cannot predict the future. The only way of making it certain, now, that the tort exists is to enact legislation. The risk, though, is that if legislation is poorly expressed, it may restrict developments that would otherwise occur more satisfactorily through the case-law. This is a criticism that has been made of, for example, the expression "wilfully and without claim of right" that determines which "violations of privacy" are actionable under some of the existing Canadian Privacy Acts.

Proposition #42

Key issues for public discussion are

(a) whether an invasion of privacy should be a tort at all,

(b) whether legislation based on the *Uniform Act* would adequately describe an 'invasion of privacy' and pose no threat to desirable activities,

(c) whether caution dictates that the development of the tort should be left to the courts rather than undertaken by legislation.

APPENDIX C

UNIFORM PRIVACY ACT

Definition

1. In this Act, "court" means [The Court of Queen's Bench of New Brunswick].

Tort

2. Violation of the privacy of an individual by a person is a tort that is actionable without proof of damage.

Proof in absence of contrary evidence

3. Without limiting the generality of section 2, proof of any of the following, in the absence of evidence to the contrary, is proof of a violation of the privacy of an individual:

(a) auditory or visual surveillance of the individual or the individual's residence or vehicle by any means, including eavesdropping, watching, spying, besetting and following, whether the surveillance is accomplished by trespass or not;

(b) listening to or recording a conversation in which the individual participates, or listening to or recording a message to or from the individual that passes by means of telecommunications, by a person who is not a lawful party to the conversation or message;

(c) publication of letters, diaries or other personal documents of the individual;

(d) dissemination of information concerning the individual that has been gathered for commercial or governmental purposes if

(i) the dissemination is contrary to a statute or regulation, or

(ii) the information was provided by the individual in confidence, and the dissemination is made for a purpose other than the purpose for which the information was provided.

Defences

4.(1) An Act, conduct or publication does not constitute a violation of the privacy of an individual if

(a) it is specifically consented to, expressly or impliedly, by the individual, the

individual is entitled to consent to it, and the court is satisfied that the consent is freely given;

(b) it is reasonably incidental to the exercise of a lawful right of defence of person or property;

(c) subject to subsection (2), it is authorized or required

(i) under a statute or regulation,

(ii) by a court or by a person, tribunal or agency, other than a commissioner for oaths or a notary public, that is authorized by law to administer an oath for the purposes for which the person, tribunal or agency is authorized to take evidence, or

(iii) by any process of a court, person, tribunal or agency mentioned in subclause (ii);

(d) it is an act, conduct or publication of a peace officer or a public officer engaged in an investigation who is acting in the course and within the scope of his or her duty, it is not disproportionate to the gravity of the matter that is the subject of the investigation and it is not committed in the course of trespass or other unlawful act;

(e) it is reasonable, having regard to any relationship, domestic or otherwise, between the parties to the action; or

(f) the defendant neither knew nor reasonably should have known that the act, conduct or publication would violate the privacy of any individual.

(2) No authorization or requirement under a statute or regulation provides a defence to an action for violation of privacy unless the statute or regulation specifically authorizes or requires the act, conduct or publication for the purpose for which it is undertaken.

(3) A publication of a matter is not a violation of the privacy of an individual if

(a) there are reasonable grounds for belief that the publication is in the public interest; or

(b) the publication is privileged under the law relating to defamation.

(4) Subsection (3) does not apply to any act or conduct by which the matter published is obtained if that act or conduct constitutes a violation of privacy.

Remedies

5. In an action for violation of privacy, the court may do one or more of the following:

(a) award damages;

(b) grant an injunction;

(c) order the defendant to account to the plaintiff for any profits that have accrued or may accrue to the defendant as a result of the violation of privacy;

(d) order the defendant to deliver up to the plaintiff all articles or documents that have come into the defendant's possession as a result of the violation of privacy;

(e) grant any other relief to the plaintiff that the court considers necessary in the circumstances.

Damages

6.(1) In awarding damages in an action for violation of privacy, the court shall consider all the circumstances of the case, including

(a) the nature of the act, conduct or publication and the context in which it occurs;

(b) the effect of the act, conduct or publication on the health and welfare or on the social, business or financial position of the plaintiff or relatives of the plaintiff; and

(c) the conduct of the plaintiff and of the defendant before and after the act, conduct or publication, including any apology or offer of amends made by the defendant.

(2) In an action for violation of privacy, the court may award punitive damages, taking into account the flagrancy of the violation of privacy and the conduct of the defendant.

Right of action in addition to other rights

7.(1) The right of action for violation of privacy conferred by this Act and the remedies available under this Act are in addition to, and not in derogation of, any other right or remedy available under any other law.

(2) Subsection (1) does not require damages awarded in an action for violation of privacy to be disregarded in assessing damages in any other proceedings arising out of the same act, conduct or publication that constitutes the violation of privacy.

Crown bound

8. The Crown is bound by this Act.

APPENDIX D

ALTERNATIVE APPROACH (SUMMARY)

1 An invasion of the privacy of an individual is a tort that is actionable without proof of damage.

2 An act is an invasion of privacy

(a) if it unduly intrudes into the personal affairs of an individual, or into his or her activities, whether in a public or a private place, or

(b) if it gives undue publicity to personal information concerning an individual.

3 Without limiting sections 1 and 2, an invasion of privacy may arise from

(a) surveillance of the individual,

(b) eavesdropping or intercepting an individual's communications, or

(c) publication of the personal documents of an individual.

4 The defences to an action for invasion of privacy are

(a) that the individual consented to the action complained of,

(b) that the action complained of was done in the exercise of a lawful right of defence of person or property,

(c) that the action complained of was authorized or required by law,

(d) that the action complained of was done by a peace officer when acting in good faith and in the course of his or her duty,

(e) that the action complained of was reasonable in all of the circumstances, and having regard to any relationship, domestic or otherwise, between the parties to the action,

(f) that the defendant neither knew nor reasonably should have known that the act, conduct or publication would violate the privacy of any individual, and

(g) that the action complained of was a publication that

(a) the defendant reasonably believed to be in the public interest; or

(b) was privileged under the law of defamation.

[No provisions on remedies are included.]

New Nouveau
Brunswick

Justice

Commentaire au sujet de la *Loi sur la protection de la vie privée*

Ministère de la justice

Décembre 2000

Commentaire au sujet de la *Loi sur la protection de la vie privée*

Résumé

Le présent commentaire a pour but d'aider le Comité de modification des lois et la population dans leur étude du projet de *Loi sur la protection de la vie privée*. Ce projet de loi a été déposé à l'Assemblée législative en décembre 2000 et il a été transmis au comité pour examen. Le fait de transmettre un projet de loi au Comité de modification des lois permet à la population de participer directement à son élaboration. En règle générale, le comité invite les citoyennes et les citoyens à lui présenter des exposés écrits ou oraux sur le sujet qu'il examine.

Le libellé de la *Loi sur la protection de la vie privée* crée le délit civil d'atteinte à la vie privée; autrement dit, elle édicte que l'atteinte à la vie privée est un acte répréhensible qui donne droit à la victime de poursuivre le fautif pour obtenir réparation sous forme de dommages-intérêts, de jugement déclaratoire ou d'injonction. Ce projet de loi, qui demeure assez court, vise à établir les critères légaux à appliquer pour déterminer s'il y a eu atteinte à la vie privée. Les recours sont ceux qui s'appliquent aux délits civils en général, avec les modifications mineures prévues par cette loi.

Ce commentaire expose le texte entier du projet de loi et fournit des notes explicatives à chaque article. Une annexe reprend un extrait d'un document de travail précédent dans lequel le Ministère de la justice a étudié en détail la question de savoir (a) si ce type de législation devrait être édictée et, (b) si oui, quel devrait en être le contenu.

Ces deux questions demeurent toujours ouvertes. Bien que le gouvernement penche plutôt vers l'édiction d'une *Loi sur la protection de la vie privée* établie selon les lignes présentées ici, aucune décision finale n'a été prise à ce jour. Il existe des mesures législatives similaires dans cinq autres provinces. Cependant, on est parfois confronté à l'argument que, bien que ce genre de législation ait des objectifs louables, elle n'est pas véritablement nécessaire et elle peut, en fin de compte, créer plus de problèmes qu'elle n'en résout.

Le gouvernement souhaite voir les néo-brunswickois saisir cette opportunité pour apporter leurs commentaires sur le projet de *Loi sur la protection de la vie privée*. C'est pour cette raison que cette Loi a été transmise au Comité de modification des lois pour examen. Toute personne désirant faire part de ses commentaires sur cette loi doit contacter le greffier de l'Assemblée législative pour savoir quand et comment le faire. L'adresse est la suivante:

Assemblée législative du Nouveau-Brunswick
C.P. 6000 (706, rue Queen)
Fredericton (N.-B.) Canada E3B 5H1
Tél. : (506) 453-2506, Téléc. : (506) 453-7154,
Courrier électronique: wwwleg@gnb.ca

Table des matières

Résumé i

Table des matières iii

Introduction et contexte 1

Texte et commentaire 4

Annexe 13

Commentaire au sujet de la *Loi sur la protection de la vie privée*

1. Introduction et contexte

Le présent commentaire a pour but d'aider le Comité de modification des lois et la population dans leur étude du projet de *Loi sur la protection de la vie privée*. Ce projet de loi a été déposé à l'Assemblée législative en décembre 2000 et il a été transmis au comité pour examen. Le fait de transmettre un projet de loi au Comité de modification des lois permet à la population de participer directement à son élaboration. En règle générale, le comité invite les citoyennes et les citoyens à lui présenter des exposés écrits ou oraux sur le sujet qu'il examine.

Le libellé de la *Loi sur la protection de la vie privée* crée le délit civil d'atteinte à la vie privée; autrement dit, elle édicte que l'atteinte à la vie privée est un acte répréhensible qui donne droit à la victime de poursuivre le fautif pour obtenir réparation sous forme de dommages-intérêts, de jugement déclaratoire ou d'injonction. Il existe des mesures législatives de cette nature en Colombie-Britannique, en Saskatchewan, au Manitoba, au Québec et à Terre-Neuve; par ailleurs, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a préparé une *Loi uniforme sur la protection de la vie privée*. Le ministère de la Justice a étudié attentivement ces modèles pendant l'élaboration de l'avant-projet de *Loi sur la protection de la vie privée*.

Le Ministère s'est également penché sur les arguments qui sont avancés à l'occasion à l'encontre de l'adoption de mesures législatives de cette nature. Les milieux juridiques débattent depuis un certain temps de l'opportunité d'adopter une telle loi. Les opposants ne mettent pas en cause l'importance de protéger la vie privée; cette question fait l'unanimité. La discussion porte plutôt sur les questions de savoir a) si on a besoin d'un *nouveau* recours comme celui-ci ou si les recours actuels protègent suffisamment la vie privée des citoyennes et des citoyens, et b) si les mesures législatives qui visent à protéger la vie privée des gens peuvent avoir des répercussions regrettables sur d'autres enjeux sociaux importants comme la liberté d'expression et l'autonomie d'action ou la faculté qu'ont les services de police et les autres organismes d'enquête de jouer leur rôle.

Le ministère de la Justice a tenu compte des deux points de vue qui s'affrontent dans le cadre de ce débat (ainsi que d'autres questions relatives au droit à la vie privée) dans *Droit à la vie privée : Deuxième document de travail*, qu'il a soumis au Comité de modification des lois en 1998. Toutefois, le comité n'a pas alors été en mesure de se pencher sur ce document de travail et l'Assemblée législative a été ultérieurement dissoute en vue des élections provinciales de 1999. Par conséquent, le présent commentaire reprend la discussion qui a été entamée il y a deux ans.

Les extraits pertinents de *Droit à la vie privée : Deuxième document de travail* sont joints en annexe au présent commentaire. On y explique d'abord que la vie privée est une notion vaste que les gens associent naturellement à des choses comme la paix et la tranquillité de leur foyer, leur faculté de communiquer sans intrusion par des tiers et la protection des détails de leur vie personnelle contre toute publicité non désirée. Les auteurs du document ont ensuite décrit les recours que peuvent actuellement invoquer les justiciables en présence de *certaines formes* d'atteinte à leur vie privée, notamment l'action pour trouble de jouissance et l'action en diffamation. S'inspirant de la *Loi uniforme sur la protection de la vie privée* de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, ils ont fait une analyse fouillée du contenu potentiel de la *Loi sur la protection de la vie privée* du Nouveau-Brunswick; en guise de conclusion, ils ont posé à nouveau la question cruciale de savoir s'il convient d'adopter des mesures législatives de cette nature.

Les auteurs du document de travail ne tranchent pas la question de savoir s'il est opportun de créer un délit civil d'atteinte à la vie privée. Ils se bornent à décrire les possibilités législatives pour les fins de la discussion publique. Les auteurs ont adopté la même attitude impartiale lorsqu'ils ont discuté des autres questions relatives au droit à la vie privée. La première de ces questions consiste à savoir si les mesures législatives sur la protection des renseignements personnels comme la *Loi sur la protection des renseignements personnels* du Nouveau-Brunswick (qui s'applique seulement dans le secteur public) devraient trouver application dans le secteur privé. Les mesures législatives sur la protection des renseignements personnels établissent des règles détaillées au sujet d'un enjeu en particulier en matière de droit au respect de la vie privée, à savoir le genre de renseignements que les organisations, petites ou grandes, sont autorisées à recueillir au sujet des particuliers ainsi que la façon dont elles peuvent les traiter ou s'en servir. En second lieu, les auteurs du document de travail se sont demandés s'il convenait d'établir des recours administratifs pour atteinte à la vie privée. De tels recours s'appliqueraient à toutes les affaires en matière de protection de la vie privée, plutôt qu'au seul volet de la protection des renseignements personnels, mais ils n'établiraient pas de règles détaillées. Et ils seraient de nature administrative parce qu'on confierait à un organisme administratif, et non aux tribunaux, le pouvoir de trancher les litiges en la matière et d'élaborer des normes sur la protection de la vie privée.

Ces deux dernières questions ne sont plus à l'étude au Nouveau-Brunswick. Dans les deux cas, la cause est imputable à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* du gouvernement fédéral, dont les articles pertinents doivent commencer à entrer en vigueur le 1er janvier 2001. Cette loi touche une grande partie des enjeux examinés dans *Droit à la vie privée : Deuxième document de travail*, et elle est libellée de façon telle que l'adoption de nouvelles mesures législatives provinciales au même effet devient problématique.

La partie 1 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* énonce les règles sur la protection des renseignements personnels qui s'appliquent à toutes les activités commerciales dans l'ensemble du

Canada. Sa portée est beaucoup plus considérable que celle à laquelle on s'attendait au moment de la préparation de *Droit à la vie privée : Deuxième document de travail.* Pendant toute la démarche parlementaire, des doutes réels ont été exprimés quant à la question de savoir si la portée globale et l'objet de cette loi relèvent bien de la compétence législative fédérale. Mais le fait demeure qu'elle a été adoptée; on devra donc en tenir compte dans tout suivi législatif au Nouveau-Brunswick.

De toute évidence, la loi fédérale recoupe en grande partie la portée qu'auraient pu avoir des mesures législatives provinciales sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé. Elle a également des répercussions considérables en ce qui concerne la question plus globale des recours administratifs pour atteinte à la vie privée. En pratique, un nombre surprenant d'enjeux en matière de droit à la vie privée se distinguent par au moins *certains éléments* qui peuvent être reliés aux règles de protection des renseignements personnels. Par exemple, lorsque les gens se plaignent de pratiques comme la surveillance vidéo, le télémarketing agressif ou le dépistage obligatoire de la consommation de drogues, ils se préoccupent des atteintes à leur vie privée que représentent le fait d'être observé, d'être importuné ou d'être l'objet de coercition. Parallèlement, l'une des activités qui s'y manifestent, c'est qu'une organisation tente de recueillir des renseignements à leur sujet. Sous cet optique il s'agit donc en même temps d'une question de protection des renseignements personnels. Dans l'État de Nouvelle-Galles du Sud (en Australie), où existe depuis environ 25 ans un comité statutaire doté d'un mandat très large en matière de protection de la vie privée, il semble que la plupart des questions qui ont été traitées par celui-ci faisaient appel d'une façon quelconque aux principes de protection des renseignements personnels.

Si le champ législatif n'était pas occupé, on pourrait envisager de confier à un organisme comme la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick un mandat d'une très grande portée qui lui permettrait de traiter les questions de protection des renseignements personnels et les autres affaires relatives au respect de la vie privée. Mais l'adoption de la loi fédérale rend cette solution problématique. La loi fédérale se borne à traiter de la protection des renseignements personnels. En tout réalisme, la loi provinciale ne peut se limiter aux autres questions relatives au respect du droit à la vie privée, étant donné qu'il est impossible d'en dissocier la protection des renseignements personnels. Par contre, si les mesures législatives provinciales traitaient de la protection des renseignements personnels en plus des autres questions relatives à la vie privée, elles créeraient des chevauchements et de la confusion par rapport à la loi fédérale. Celle-ci tente de prévoir cette situation en autorisant le gouvernement fédéral à exclure de l'application de la loi des activités qui se déroulent dans une province s'il est convaincu qu'elles sont assujetties à une loi provinciale essentiellement similaire (article 26). Toutefois, une telle exclusion ne substituerait pas entièrement la loi provinciale à la loi fédérale. Apparemment, elle obligerait plutôt le secteur privé à se conformer *à la fois* à la loi provinciale *et* à la loi fédérale pour utiliser des renseignements différents ou, parfois, pour utiliser différemment les mêmes renseignements. Un tel chevauchement de réglementation donnerait des résultats déplorables.

Il est possible que le gouvernement veuille revoir sa position en ce qui concerne la protection des renseignements personnels lorsqu'une expérience sera acquise sous le régime de la loi fédérale. Toutefois, présentement, parmi les trois sujets abordés dans *Droit à la vie privée : Deuxième document de travail*, la seule option stratégique plausible que nous puissions envisager est la création d'un délit civil d'atteinte à la vie privée. Une loi comme l'avant-projet de *Loi sur la protection de la vie privée* n'entrerait pratiquement pas en conflit avec la loi fédérale. Elle aurait une grande portée, elle s'inspirerait de la définition généreuse et naturelle de la vie privée et elle se garderait de tout analyser sous l'angle des renseignements personnels et de leur utilisation. Elle s'appliquerait aux activités sociales aussi bien qu'aux activités commerciales et elle créerait des droits entre particuliers ainsi qu'entre particuliers et organisations. Bref, elle créerait au Nouveau-Brunswick un mécanisme de grande portée et ayant force exécutoire qui permettrait de protéger le droit des particuliers au respect de leur vie privée.

Le gouvernement a décidé d'emprunter cette voie en soumettant un projet de loi à l'étude du Comité de modification des lois. Dans le présent commentaire, on trouvera le libellé du projet de loi ainsi que des explications au sujet de chacun des articles. Nous espérons que ces renseignements donneront lieu à une discussion publique productive et éclairée lors de l'examen du projet de loi par le comité.

Le gouvernement est actuellement en faveur de la promulgation de la *Loi sur la protection de la vie privée*. Toutefois, il étudiera attentivement toute recommandation que le Comité de la modification des lois formulera après avoir examiné le projet de loi et pris connaissance des observations qu'il recevra du public. Les personnes qui désirent formuler des observations au sujet du projet de loi doivent donc communiquer avec le greffier de l'Assemblée législative pour savoir quand et comment faire connaître leur point de vue. L'adresse du greffier est la suivante : Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, C.P. 6000 (706, rue Queen), Fredericton (N.-B.), Canada E3B 5H1 (Tél.: (506) 453-2506, Téléc.: (506) 453-7154, Courrier électronique: wwwleg@gnb.ca).

2. *Texte et commentaires*

On trouvera, dans les pages qui suivent, le texte intégral du projet de loi déposé à l'Assemblée législative accompagné de notes explicatives sur chaque article. La Loi est brève et ressemble en substance à la *Loi uniforme sur la protection de la vie privée* et aux lois sur le droit à la vie privée de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, du Manitoba et de Terre-Neuve. Son style est cependant plus abrégé. L'analyse qu'a fait de ces lois le ministère de la Justice lui a permis de conclure que leurs dispositions essentielles pouvaient être exprimées plus brièvement; c'est ce qu'il a tenté de faire dans le texte qui suit. (L'intégralité de la *Loi uniforme sur la protection de la vie privée* figure dans les extraits ci-joints de *Droit à la vie privée : Deuxième document de travail.*)

Loi sur la protection de la vie privée

Sommaire

Délit civil	1
Atteinte à la vie privée	2
Exemples	3
Exclusions	4
Dommages-intérêts	5
La Couronne liée par la loi	6

Sa Majesté, sur l'avis et du consentement de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, décrète :

Délit civil

1 L'atteinte à la vie privée d'un particulier est un délit civil et donne un droit d'action sans qu'il soit nécessaire de prouver un dommage.

L'article 1 contient l'énoncé juridique fondamental de la Loi, à savoir que « l'atteinte à la vie privée d'un particulier est un délit civil ». Les articles 2, 3 et 4 précisent les genres de comportement qui constituent ou non une atteinte à la vie privée.

Le fait de décréter qu'une atteinte à la vie privée est un délit civil équivaut à dire qu'il s'agit d'un acte préjudiciable susceptible de donner une cause d'action à la victime. En ajoutant qu'elle « donne un droit d'action sans qu'il soit nécessaire de prouver un dommage », on précise que la victime n'a pas à prouver qu'elle a subi ou qu'elle subira un préjudice ou des dommages pour intenter une poursuite. C'est l'atteinte à la vie privée en elle-même qui donne un droit d'action.

Il convient de souligner qu'en vertu de l'article 1, seul un particulier peut intenter une poursuite en cas d'atteinte à sa vie privée. Les organisations comme les sociétés ne pourront donc pas se prévaloir de la Loi.

Atteinte à la vie privée

2 Constitue une atteinte à la vie privée tout acte qui

a) est une intrusion indue dans les affaires personnelles ou dans les activités d'un particulier, qu'il se produise dans un endroit public ou privé, ou

b) donne une publicité indue à des renseignements concernant un particulier.

Cet article donne la description juridique de ce qu'est l'atteinte à la vie privée. La plupart des mesures législatives comparables dans les autres provinces canadiennes ne contiennent pas de description de ce genre; cependant, les auteurs de Droit à la vie privée : Deuxième document de travail ont pensé qu'une description générale pourrait être utile si elle était formulée convenablement. Ils ont proposé le libellé de l'actuel article 2. Les articles 3 et 4 de la Loi complètent l'article 2 en donnant respectivement a) certains exemples de comportements qui peuvent donner lieu à une atteinte à la vie privée, et b) une liste de situations dans lesquelles un comportement donné ne donne pas lieu à une atteinte à la vie privée.

Les notions clés de l'article 2 sont « l'intrusion indue » et « la publicité indue ». L'emploi du mot « indu » montre clairement que l'atteinte à la vie privée est une question de degré. On doit souvent accepter un certain degré d'intrusion et un certain degré de publicité; il s'agit d'une concession nécessaire quand on vit en société. Toutefois, lorsque ce degré devient excessif ou « indu », il peut y avoir atteinte à la vie privée.

Il incombera aux tribunaux de déterminer dans chaque cas si le seuil de l'indu a été franchi. Dans certains cas, des opinions raisonnables s'affronteront. Mais c'est là une des caractéristiques de bon nombre des actions en responsabilité délictuelle que les tribunaux entendent. Lorsqu'il s'agit de déterminer si le défendeur a exercé une « diligence raisonnable » ou a fait un « usage déraisonnable » de son bien, il est aussi question de degré. Les tribunaux tranchent en fonction de chaque cas, et chaque affaire sert d'exemple du genre de comportement qui est ou non acceptable pour les cas à venir.

Exemples

3 Sans que soit limitée la portée générale de l'article 2, des comportements comme ceux qui suivent peuvent donner lieu à une atteinte à la vie privée s'ils se manifestent dans la mesure exprimée à l'article 2 :

a) surveiller ou suivre un particulier;

b) déranger un particulier dans son foyer ou dans un autre lieu privé;

c) écouter ou intercepter des communications privées; ou

d) divulguer des renseignements de nature personnelle concernant un particulier.

Cet article donne des exemples de comportements qui peuvent donner lieu à une atteinte à la vie privée s'ils dépassent le seuil de l'indu établi à l'article 2. Nous ne sommes pas en présence d'une liste exhaustive. Tout comportement qui répond au critère de l'article 2 constitue une atteinte à la vie privée, qu'il soit ou non mentionné à l'article 3 et qu'il soit ou non semblable aux comportements énumérés dans cette disposition. L'article 3 a pour but de décrire certains comportements susceptibles de donner lieu à une atteinte à la vie privée.

« Surveiller ou suivre un particulier » peut se faire en personne ainsi que par des moyens électroniques ou autres. Ce comportement comprend donc le fait de harceler une personne ou de surveiller ses activités au moyen de techniques de pointe.

Le fait de « déranger un particulier dans son foyer ou dans un autre lieu privé » peut englober des activités comme le télémarketing trop agressif ou lorsque les disputes entre voisins s'enveniment. Il peut aussi s'agir de cas où la présence d'une personne chez une autre personne est importune au point où cela dépasse le simple acte d'intrusion.

Le fait « d'écouter ou d'intercepter des communications privées » englobe toutes les formes de communications, y compris les conversations, la correspondance, les échanges téléphoniques et le courriel. La mesure à laquelle une communication peut être considérée comme « privée » est une question de degré. Les gens peuvent normalement s'attendre à un degré élevé de respect de leur vie privée dans le contenu de leur correspondance, et à un degré moins élevé dans les conversations qu'ils tiennent à portée de voix d'autres personnes. Dans le cas du courrier électronique, le degré de respect de la vie privée auquel on peut raisonnablement s'attendre fait actuellement l'objet de discussions animées. Les attentes des personnes quant au respect de leur vie privée peuvent être bien différentes au bureau que celles qu'elles peuvent avoir chez elles dans leur foyer. En général, moins la nature de la communication est privée, plus l'intrusion démontrée par le demandeur devra être importante pour établir qu'il y a eu atteinte à la vie privée.

Le fait de « divulguer des renseignements de nature personnelle concernant un particulier » diffère des autres comportements décrits à l'article 3, puisqu'il se fonde sur l'alinéa 2b) (donner une publicité indue à des renseignements concernant un particulier), plutôt que sur l'alinéa 2a) (une intrusion indue dans les activités d'un particulier). Les renseignements de nature

privée peuvent être consignés dans un journal personnel et le courrier privé. L'alinéa indique que la divulgation de renseignements qui sont « de nature personnelle » est davantage susceptible de donner lieu à une atteinte à la vie privée que la communication de renseignements moins intimes. Il n'élimine cependant pas la possibilité que l'atteinte à la vie privée découle d'une « publicité indue » qui serait donnée à des renseignements qui ne sont pas « de nature personnelle ».

Pour conclure au sujet de l'article 3, répétons que les comportements décrits dans cette disposition ne constituent pas en eux-mêmes des atteintes à la vie privée, mais c'est le cas lorsqu'ils se produisent dans la mesure prévue à l'article 2.

Exclusions

4(1) Un acte ne constitue pas une atteinte à la vie privée

a) si le particulier y a consenti,

b) s'il est fait dans l'exercice raisonnable d'un droit légitime de défendre sa personne ou ses biens,

c) s'il est autorisé ou exigé en droit,

d) s'il est fait par un agent de la paix ou un autre fonctionnaire public agissant de bonne foi et dans l'exercice de ses fonctions,

e) si la personne qui a fait l'acte ignorait ou ne pouvait raisonnablement savoir qu'il constituerait une atteinte à la vie privée,

f) si la personne qui a fait l'acte croyait raisonnablement qu'il était dans l'intérêt public de le faire, ou

g) si l'acte bénéficiait d'une immunité en vertu du droit relatif à la diffamation.

4(2) Le tribunal doit, en déterminant si un acte constitue une atteinte à la vie privée, prendre en considération l'ensemble des circonstances, y compris toutes relations familiales ou autres entre les parties.

Cet article joue deux rôles. Le paragraphe (1) énumère certaines situations dans lesquelles il n'y a pas atteinte à la vie privée. Un acte qui pourrait constituer une atteinte à la vie privée dans certaines circonstances n'en sera pas un en présence de l'un des facteurs énumérés. Le paragraphe (2)

autorise le tribunal à tenir compte de l'ensemble de la situation lorsqu'il décide si une atteinte à la vie privée a eu lieu ou non. L'existence de liens familiaux, de relations employeur-employé et même de relations teintées de confrontation peuvent se révéler des facteurs pertinents quand vient le moment de décider si les comportements constituent des atteintes à la vie privée.

Les facteurs énumérés au paragraphe 1) peuvent être divisés en trois groupes : les alinéas a) à d), les alinéas e) et f), et l'alinéa g).

Les alinéas a) à d) se trouvent parmi les caractéristiques des lois sur la protection de la vie privée d'autres provinces canadiennes. En vertu de l'alinéa a), la personne ne peut se plaindre qu'un acte porte atteinte à sa vie privée si elle y a consenti. Le consentement peut avoir été donné par écrit ou oralement; souvent, on peut le déduire des actes de la personne. À titre d'exemple, si on invite des gens chez soi, on accepte implicitement qu'ils puissent faire des choses qui, si elles étaient faites par quelqu'un d'autre, pourraient bien être considérées comme une atteinte à sa vie privée. L'alinéa b) permet de prendre des moyens raisonnables pour défendre sa propre personne ou ses biens. L'acte de « défense de sa personne ou de ses biens » le plus susceptible de constituer une possible atteinte à la vie privée est probablement la réalisation d'une enquête au sujet du comportement d'une personne avec laquelle on dispute un point litigieux. Par exemple, un assureur qui pense avoir affaire à une réclamation frauduleuse serait en mesure de « défendre sa personne et ses biens » en prenant des dispositions raisonnables pour faire enquête au sujet du bien-fondé de la réclamation. L'alinéa c) permet simplement à la personne d'accomplir les actes qui sont autorisés ou exigés par la législation, par les règles de common law ou par ordonnance d'un tribunal judiciaire ou administratif. L'alinéa d) protège les organisations comme les services de police, les corps d'inspecteurs gouvernementaux et les organismes de services sociaux dans la mesure où elles agissent de bonne foi et dans l'exercice de leurs fonctions.

Les alinéas e) et f) composent le deuxième groupe de facteurs du paragraphe 4(1). Ces conditions sont inspirées des dispositions de certaines des autres lois canadiennes en matière de droit à la vie privée, mais elles n'en sont pas des caractéristiques standard. Elles ont pour effet d'exonérer de toute responsabilité dans une poursuite pour atteinte à la vie privée la personne qui a agi raisonnablement. L'alinéa e) procure donc un moyen de défense à la personne dont les actes constituent une « intrusion indue » ou donnent une « publicité indue », mais qui n'avait aucune raison de prévoir ce résultat. À titre d'exemple, un journal pourrait publier des renseignements qui peuvent paraître anodins mais qui pourraient s'avérer extrêmement embarrassants pour un particulier et ce pour des raisons personnelles. L'alinéa f) protège la personne qui « croyait raisonnablement » agir dans l'intérêt public (en faisant par exemple une dénonciation ou un geste semblable), mais qui commet une erreur.

L'alinéa g), lequel porte sur des actes qui pourraient être « privilégiés » ou comporter une immunité, en vertu de la législation sur la diffamation nécessite plus d'explications. L'alinéa porte précisément sur les atteintes à la vie privée imputables à un acte qui « donne une publicité indue à des renseignements concernant un particulier ». Le fait de donner publicité à des renseignements concernant un particulier équivaut normalement à de la diffamation si les renseignements sont faux et s'ils causent un préjudice à la réputation de la personne. Toutefois, la personne poursuivie peut invoquer en défense qu'elle bénéficie d'une immunité puisque sa déclaration était privilégiée. Il existe deux classes principales d'immunité. « L'immunité absolue » touche surtout les tribunaux et l'Assemblée législative. Les juges et les députés provinciaux, par exemple, ne peuvent faire l'objet d'une action en diffamation fondée sur ce qu'ils ont dit dans l'exercice de leurs fonctions dans une salle d'audience ou à l'Assemblée législative, respectivement. « L'immunité relative » est un moyen de défense plus général qui est à la disposition de tous les justiciables. Si la personne croit que ce qu'elle dit est vrai et si elle le dit à un tiers qui a intérêt légitime à en prendre connaissance, elle ne sera pas tenue responsable de diffamation même si ce qu'elle a dit est faux et si sa déclaration cause un préjudice à la réputation du demandeur. Une déclaration faite à la police dans le cadre d'une enquête à la suite de la perpétration d'une infraction en est un exemple. L'alinéa g) a pour effet de protéger une personne lors d'une action pour atteinte à la vie privée si, lors d'une action en diffamation, elle bénéficierait de l'une ou l'autre de ces formes d'immunité.

Dommages-intérêts

5 Le tribunal peut, en évaluant les dommages-intérêts dans une action pour atteinte à la vie privée, tenir compte

a) de la gravité de l'atteinte à la vie privée, et

b) de tout avantage pécuniaire que le défendeur a pu tirer de l'acte en cause.

Cet article apporte certains petits ajustements au droit en matière de calcul des dommages-intérêts. Si on fait de l'atteinte à la vie privée un délit civil, comme le prévoit l'article 1 de la Loi, les recours normaux du droit de la responsabilité civile délictuelle s'appliquent naturellement. Les principaux sont les dommages-intérêts, les déclarations et les injonctions. L'article 5 peaufine les règles de droit en matière de dommages-intérêts en précisant que le montant adjugé peut être calculé en tenant compte d'autres éléments que la simple perte subie par le demandeur en raison de l'atteinte à sa vie privée.

L'alinéa 5a) édicte que lorsqu'il conclut à l'existence d'une atteinte à la vie privée, le tribunal peut fixer le montant des dommages-intérêts en tenant compte de la gravité de l'atteinte. Le tribunal doit faire cette détermination indépendamment de la question de savoir s'il adjugera des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs. Les tribunaux canadiens ont toujours été réticents à octroyer des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs; mais dans les affaires d'atteinte à la vie privée, la nature du comportement de l'auteur du préjudice est souvent l'un des éléments clés dont ils tiendront compte lorsqu'ils déterminent la gravité de l'atteinte à la vie privée du demandeur. L'alinéa 5a) permet donc aux tribunaux de toujours prendre en considération la nature du comportement de l'auteur du préjudice, qu'il réponde ou non au critère traditionnellement strict établi par la jurisprudence en ce qui concerne l'octroi de dommages-intérêts exemplaires ou punitifs.

L'alinéa 5b) a une portée plus restreinte. Il touche les cas où l'atteinte à la vie privée rapporte à l'auteur du préjudice un gain plus important que la perte causée à la personne lésée. On peut penser, par exemple, au cas où l'auteur du préjudice tente de vendre en vue de sa publication du matériel obtenu par intrusion. En vertu de l'alinéa 5b), si la personne fautive réussit à vendre les documents, le montant adjugé en dommages-intérêts pourra tenir compte du prix qu'elle en a reçu. Si la personne fautive envisage de vendre les documents, mais ne l'a pas encore fait, une injonction pourra probablement en empêcher la vente et le montant adjugé au titre des dommages-intérêts n'aurait pas à tenir compte du prix de vente.

La Couronne liée par la loi

6 La présente loi lie la Couronne.

L'article 6 a été ajouté à la Loi pour des motifs d'ordre purement technique. En effet, l'article 32 de la Loi d'interprétation édicte ce qui suit : « Aucune loi ni aucun règlement ne porte atteinte aux droits de la Couronne ni n'a d'effets défavorables sur ceux-ci sauf s'il est expressément stipulé que la Couronne est liée par cette loi ou ce règlement ». C'est la raison pour laquelle l'article 6 précise que la Loi lie la Couronne et que celle-ci peut être poursuivie pour atteinte à la vie privée.

Les auteurs de Droit à la vie privée : Deuxième document de travail ont également discuté de certains autres aspects techniques qui figurent dans les mesures législatives adoptées par d'autres provinces canadiennes, mais qui ont été omis dans la Loi sur la protection de la vie privée. Il s'agit principalement 1) de la question de savoir si une action pourrait être intentée ou reprise après le décès du demandeur et 2) du délai de prescription qui devrait s'appliquer aux actions pour atteinte à la vie privée.

En ce qui concerne le point 1), les mesures législatives de certaines autres provinces prévoient que la succession ne peut pas reprendre une instance fondée sur une atteinte à la vie privée si le demandeur décède avant d'avoir obtenu un jugement. Une règle de la sorte semble incongrue au Nouveau-Brunswick. En effet, conformément à la règle générale édictée par la Loi sur la survie des actions en justice, si la personne qui a droit d'intenter une poursuite civile décède, sa succession peut reprendre l'instance si l'action a déjà été introduite et elle peut poursuivre si aucune action n'a été entamée. Aucun motif évident ne justifie une exception. Toutefois, il faut préciser que la personne doit être vivante au moment où on porte atteinte à sa vie privée; si elle est décédée, elle ne peut être victime d'une atteinte à sa vie privée au sens de l'article 2.

Pour ce qui est du point 2), le délai de prescription général qui s'applique en matière de responsabilité civile délictuelle est de « six ans à compter de la naissance de la cause d'action » (article 9 de la Loi sur la prescription). Après ce délai, un demandeur ne peut plus poursuivre. De nos jours, on reconnaît que ce délai commence le jour où le demandeur a eu connaissance de la commission du délit ou le jour où il aurait dû en avoir connaissance. Encore là, il n'existe aucune raison pour justifier la création d'une règle différente pour les actions pour atteintes à la vie privée. Étant donné que la Loi sur la protection de la vie privée est muette à ce sujet, la règle générale s'appliquera.

Par ailleurs, la Loi ne contient aucune disposition sur sa prise d'effet (le moment de son entrée en vigueur); elle est également dépourvue de disposition transitoire (qui régit son application aux actes et choses précédant son entrée en vigueur). Par conséquent, a) la Loi entrera en vigueur dès qu'elle aura reçu la sanction royale et b) les justiciables ne pourront poursuivre que pour les atteintes à leur vie privée qui se produiront à compter de ce moment-là.

ANNEXE

Extrait du document « *Droit à la vie privée : Deuxième document de travail* »

[Note : L'expression « protection des données » dans cet extrait a le même sens que « protection des renseignements personnels » dans l'introduction du présent commentaire.]

II. La vie privée en général

Comme on peut le lire dans l'introduction du présent rapport, la notion de « vie privée » ne se restreint pas à la « protection des données ». Lorsque les gens parlent de leur vie privée, ils pensent normalement au confort de leur foyer, à leur capacité de communiquer sans indiscrétion de la part de tiers et à la protection des détails de leur vie contre toute publicité non désirée. L'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, qui classe la protection de la vie privée parmi les droits de la personne reconnus à l'échelle internationale et dont le Canada est signataire, résume bien cette notion :

> Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

Dans son rapport intitulé *La vie privée : Où se situe la frontière?*, publié en 1997, le Comité permanent des droits de la personne et de la condition des personnes handicapées de la Chambre des communes présente comme suit son énoncé des garanties et droits fondamentaux (p. 37) :

> Chaque citoyenne et citoyen dispose du droit fondamental de jouir des éléments suivants :
>
> - intimité physique;
> - protection des renseignements personnels;
> - protection contre la surveillance;
> - protection des communications personnelles;
> - protection de l'espace personnel.

La protection des données n'est, bien sûr, que l'un des aspects du droit à la vie privée. Elle s'inscrit dans le cadre de la « protection des renseignements personnels », quoique la protection des données, qui met l'accent sur les renseignements enregistrés et sur les « organismes » à l'exclusion des activités personnelles ou domestiques, ne cerne pas tout le sujet.

Par conséquent, la présente partie du rapport a pour objectif d'établir si le Nouveau-Brunswick doit adopter des mesures législatives en vue de protéger la « vie privée » dans son sens large. On y examine deux approches, la première consistant à élargir la portée des recours *judiciaires* existants en créant un « délit civil » de violation de la vie privée. Le délit civil est un acte fautif dont la personne lésée peut demander réparation en se prévalant

des recours civils normaux que sont les actions en jugement déclaratoire, en dommages-intérêts et en injonction. L'autre approche vise la création de recours *non judiciaires* (ou administratifs) en cas d'atteinte à la vie privée. Ces deux approches sont la suite logique de l'examen effectué dans la partie I des « recours civils » et des « recours administratifs » possibles en vertu de la loi sur la protection des données. Le Comité permanent des Communes, qui était clairement en faveur de la création de recours non judiciaires en cas d'atteinte à la vie privée, n'a pas porté une grande attention aux recours judiciaires. Voilà qui est surprenant. La principale recommandation du comité suggérait au gouvernement d'adopter, dans son champ de compétence, une « Charte canadienne des droits à la protection de la vie privée » qui aurait une portée quasi constitutionnelle (p. 49). Toutefois, comme nous le verrons, les principaux éléments des « droits fondamentaux à la vie privée » (mentionnés ci-dessus) sont déjà pris en considération par certaines provinces dans le contexte de délits civils de violation du droit à la vie privée; c'est ce que pourrait faire le Nouveau-Brunswick.

A. Recours judiciaires en cas d'atteinte au droit à la vie privée

Le chemin emprunté dans les pages qui suivent est relativement bien tracé. De nombreuses études ont été réalisées notamment en Angleterre, en Australie et au Canada au sujet des recours judiciaires semblables qui protègent le droit à la vie privée. Ces études ont été effectuées dans le contexte de l'absence de recours idoine bien établi en cas d'atteinte à la vie privée; cependant, le droit à la vie privée peut être protégé par un certain nombre d'autres recours, notamment l'action pour trouble de jouissance ou pour abus de confiance. On abordera donc la portée des recours en vigueur, des mesures supplémentaires qui pourraient ou devraient être prises pour assurer la protection de la vie privée, de la question de savoir s'il serait préférable de procéder par voie législative ou par voie jurisprudentielle et de déterminer si, dans l'une ou l'autre de ces optiques, le meilleur cadre légal consiste à peaufiner les recours existants ou à créer un délit civil « d'atteinte au droit à la vie privée ».

On doit aussi faire référence à l'expérience américaine afin d'établir des contrastes. Les tribunaux y ont en effet reconnu depuis belle lurette que le droit à la vie privée est protégé en *common law*. La jurisprudence permet de dégager quatre principales catégories d'atteintes au droit à la vie privée susceptibles de donner ouverture à un recours. Il s'agit des suivantes : 1) l'intrusion dans la solitude ou l'isolement ou dans les affaires personnelles du requérant; 2) la divulgation en public de faits embarrassants concernant le requérant; 3) la publicité présentant le requérant sous un mauvais jour au public; et 4) le fait pour l'intimé de s'approprier à son avantage du nom ou de l'image du requérant.

Au Canada, dont la position est décrite en long et en large par Ian Lawson dans son livre intitulé *Privacy and Free Enterprise* (1993, Public Interest Advocacy Centre), la discussion prend une teinte particulière. Parmi les particularités du pays, notons que cinq provinces ont déjà légiféré afin de créer un délit spécifique d'atteinte au droit à la vie privée. Quatre d'entre elles, soit la Colombie-Britannique, la Saskatchewan, le Manitoba et Terre-Neuve, sont des provinces de *common law* où le recours est nouveau. La cinquième province est le Québec, où le recours a évolué par l'entremise de l'interprétation des dispositions générales touchant la responsabilité civile de l'ancien *Code civil;* il a été intégré

en bonne et due forme au nouveau *Code civil*. La *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec contient aussi la disposition suivante à l'article 5 : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée ». Contrairement à la charte canadienne, cette disposition est directement exécutoire dans les litiges privés.

Le débat canadien se distingue aussi du fait que dans les provinces de *common law* qui n'ont pas adopté de mesures législatives en la matière, les tribunaux ont de plus en plus tendance à opiner qu'un délit civil général d'atteinte à la vie privée existe peut-être en *common law*. Dans certains affaires ontariennes, le tribunal a octroyé des dommages-intérêts pour ce motif. Dans une récente décision, la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard fait remarquer que « (...) les tribunaux du Canada sont sur le point de reconnaître un droit à la vie privée en *common law*, s'ils ne l'ont pas déjà fait » (le juge en chef Carruthers de l'Île-du-Prince-Édouard, *Dyne Holdings Ltd.* c. *Royal Insurance Co. of Canada* (1996) 138 Nfld. & PEI R., 318). Ces développements obscurcissent la question de savoir si ce sont les *législateurs* qui doivent prendre les mesures nécessaires pour faire de l'atteinte à la vie privée un délit civil, ou si les tribunaux doivent élaborer, décision par décision, ce nouveau secteur du droit de la responsabilité. Si la jurisprudence permettait de conclure clairement à l'existence ou à la non-existence d'un délit civil général, nous aurions moins de difficultés à évaluer la contribution que pourraient à bon escient apporter les mesures législatives.

En ce qui concerne les recours judiciaires, on cherchera surtout à savoir, dans les pages qui suivent, si le Nouveau-Brunswick doit adopter des mesures législatives qualifiant de « délit civil » l'atteinte à la vie privée. Comme c'était le cas dans la partie du rapport qui portait sur la protection des données, la discussion sera axée sur un modèle législatif particulier. Il s'agit de la *Loi uniforme sur la protection de la vie privée* adoptée par la Conférence sur l'harmonisation des lois du Canada en 1994. Cette loi s'inspire des mesures législatives en vigueur dans certaines provinces qui sont semblables dans leurs grandes lignes, mais qui diffèrent dans leurs détails. Il n'y a aucune raison pour chercher à inventer un mécanisme tout à fait inédit. Le présent document se contentera donc de décrire la loi et d'exposer trois grands choix politiques en ce qui concerne les recours judiciaires en cas d'atteinte au droit à la vie privée. Le premier consiste à adopter des mesures législatives assez semblables à la loi uniforme. Le second équivaut à décider de ne pas créer de délit civil d'atteinte à la vie privée. Enfin, le troisième consiste à confier l'élaboration du délit civil aux tribunaux, plutôt qu'au législateur, le cas échéant.

Proposition 34

L'examen de la création d'un délit civil d'atteinte au droit à la vie privée devrait être effectué à la lumière de la *Loi uniforme sur la protection de la vie privée* préparée par la Commission sur l'harmonisation des lois au Canada, compte tenu des recours judiciaires existants qui sont susceptibles de protéger le droit à la vie privée.

A.1 Recours existants

Les recours qui existent en cas d'atteinte à la vie privée se trouvent dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans diverses lois fédérales et provinciales et dans certains

délits civils. Aucun d'entre eux ne prévoit un recours établi, généralisé et autonome en cas d'atteinte à la vie privée. Comme nous l'avons mentionné auparavant, un débat théorique a actuellement lieu quant à l'existence en *common law* d'un délit civil « d'atteinte à la vie privée ». En fait, si un tel délit existe, il n'est certainement pas encore « établi ». Par contre, les autres recours dont nous parlerons sont clairement « établis » et peuvent être invoqués pour protéger *en partie* la vie privée; ils ne sont cependant pas « généralisés ».

a. La Charte canadienne des droits et libertés

On peut traiter assez succinctement la question de la vie privée dans le contexte de la *Charte des droits et libertés*. En effet, la *Charte* ne contient aucun droit explicite à la vie privée. Toutefois, les tribunaux, y compris la Cour suprême du Canada, ont conclu que le droit à la vie privé est prévu de façon implicite dans d'autres dispositions expresses de la *Charte*, notamment aux articles 7 et 8. Les tribunaux parlent assez abondamment d'un « droit constitutionnel à la vie privée », en dépit de l'absence de toute disposition explicite à cet effet dans la *Charte*.

L'article 7 de la *Charte* se lit comme suit : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Les tribunaux ont jugé que la vie privée pouvait être un élément de la « liberté » et de la « sécurité de la personne ». Ils ont décidé qu'il existe au moins un « noyau de renseignements de nature biographique » qui ont tendance à révéler des « détails intimes au sujet de modes de vie ou de choix personnels » et qui sont protégés en vertu de cet article. Il se peut que la *Charte* aille plus loin, mais pour le moment on accepte qu'elle aille au moins jusqu'à ce point.

L'article 8 de la *Charte* édicte ce qui suit : « Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». Les tribunaux ont jugé que le critère applicable au caractère raisonnable de la fouille, de la perquisition ou de la saisie consiste à savoir si celle-ci porte atteinte à « des expectatives raisonnables en matière de vie privée ». Les fouilles, perquisitions et saisies en question ne sont pas restreintes à celles qui ont lieu dans le contexte évident de l'application des lois pénales; elles englobent aussi d'autres formes de collecte de renseignements. Le fait d'obtenir des renseignements de tiers consentants a été qualifié de fouille ou de perquisition dans certaines affaires comme *La Reine* c. *Dyment* (1988) 89 N.R. 249, dans laquelle un médecin a volontairement fourni aux policiers un échantillon de sang provenant d'un conducteur blessé et prouvant que celui-ci avait les facultés affaiblies au moment d'un accident, et *La Reine* c. *Plant* (1993) RCS 281, dans laquelle un service public d'électricité a volontairement mis à la disposition de la police ses dossiers relatifs à la consommation d'énergie. (Dans cette dernière affaire, la « perquisition » effectuée par les policiers lors de leur vérification des dossiers a été jugée « non abusive », puisque la majorité des juges de la Cour suprême – mais pas tous – était d'avis que des dossiers portant sur la consommation d'énergie ne révélaient pas de « détails intimes au sujet de modes de vie ou de choix personnels » à l'égard desquels l'occupant pouvait avoir « des expectatives raisonnables en matière de vie privée ».)

La protection offerte par la *Charte* n'est toutefois pas absolue. Si l'on prend l'article 7, par exemple, on *peut* priver une personne de « la vie, la liberté ou la sécurité de sa

personne », si on le fait « en conformité avec les principes de justice fondamentale ». De son côté, l'article 8 protège « des expectatives *raisonnables* en matière de vie privée ». Qui plus est, en vertu de l'article 1, tous les droits prévus par la *Charte* peuvent être restreints « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Mais le fait que la *Charte* ne s'applique qu'aux actes des gouvernements joue encore davantage en ce qui concerne la disponibilité d'un recours *généralisé* en cas d'atteinte à la vie privée. En effet, la *Charte* ne trouve généralement pas application dans les questions de vie privée opposant des citoyens. Par conséquent, le droit à la vie privée que protège la *Charte* tient à bien peu de recours dans le contexte privé.

b. Lois fédérales et provinciales

Il faudra encore moins de temps pour traiter de la protection de la vie privée qu'offrent les lois fédérales et provinciales. Contrairement aux dispositions de la *Charte* qui ne trouvent leur application, aussi généralisée soit-elle, que dans les relations entre les citoyens et les gouvernements, les lois fédérales et provinciales sont spécifiques. Elles contiennent parfois des dispositions sur la protection de la vie privée, mais celles-ci se confinent à un domaine en particulier.

Dans le champ de compétence du fédéral, des mesures législatives comme le *Code criminel* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* viennent tout naturellement à l'esprit. Les dispositions relatives à la procédure du *Code criminel* régissent les pouvoirs des policiers lorsqu'ils font enquête au sujet d'infractions; de plus, les infractions substantielles prévues dans le *Code* touchent des questions comme l'interception de communications privées (art. 184) ou le fait de « cerner et surveiller » (art. 423). La *Loi sur la protection des renseignements personnels,* quant à elle, traite de la protection des données dans les institutions du gouvernement fédéral; les mesures législatives que le fédéral prépare actuellement pour le secteur privé étendront les règles relatives à la protection des données aux éléments du secteur privé qui relèvent de sa compétence législative.

Aucune loi générale sur la protection de la vie privée n'existe à l'échelon fédéral. Normalement, la vie privée serait considérée comme un domaine relevant de la compétence des législatures provinciales en vertu de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867,* puisqu'il s'agit d'une question relative « à la propriété et aux droits civils dans la province ». Même si une loi de portée générale était en vigueur dans l'un ou l'autre des champs de compétence de notre système fédéral – on peut penser aux pouvoirs en matière de droit criminel – il est permis de se demander à bon droit, dans le cadre d'un rapport comme celui-ci, s'il serait souhaitable de mettre à la disposition des justiciables des recours civils en vertu des lois provinciales en sus de la protection que peuvent leur procurer les mesures législatives fédérales.

En ce qui concerne la protection de la vie privée dans les mesures législatives provinciales, on remarque que certaines lois particulières du Nouveau-Brunswick traitent de questions qu'on associe souvent aux préoccupations en matière de protection de la vie privée; par contre, aucune loi de portée générale n'aborde la question de la vie privée en tant que telle, que ce soit sous l'angle des recours civils ou sous celui du pouvoir de la province de

créer des infractions communément qualifiées de « quasi-criminelles » dans des domaines qui relèvent de sa compétence législative. Les mesures législatives provinciales qui portent sur des questions soulevant couramment des préoccupations en matière de vie privée comprennent la *Loi sur le démarchage*, la *Loi sur les agences de recouvrement* et la *Loi sur les détectives privés et les services de sécurité*.

c. La common law

Dans son livre intitulé *Privacy and Free Enterprise*, Ian Lawson décrit de façon détaillée un certain nombre de recours susceptibles de s'offrir, en *common law*, en cas d'atteinte à la vie privée, selon la nature de l'atteinte dont on se plaint. Il parle aussi de l'émergence possible du délit civil d'atteinte à la vie privée. Parmi les nombreux délits civils que mentionne Lawson, ceux-ci semblent les plus importants :

i) Atteinte directe à la propriété immobilière. Selon la théorie relative à ce délit civil, l'occupant de la propriété a le droit de décider de l'identité des personnes qui y sont et n'y sont pas admises. Il s'agit certes d'un instrument utile pour protéger « l'espace privé ». On parle moins souvent du délit qui consiste à « cerner et surveiller » le lieu de résidence ou de travail afin de forcer l'occupant à faire une chose; cette disposition étend la protection du droit de la responsabilité délictuelle à certains actes faits *à l'extérieur* de la propriété immobilière de l'occupant. L'application libérale des dispositions relatives au délit civil de *nuisance* a aussi permis de sanctionner certains actes faits sans effraction dans la propriété immobilière de l'occupant. Parmi les exemples, citons l'affaire *Poole and Poole* c. *Ragen and the Toronto Harbour Commissioners* [1958] O.W.N. 77, à l'issue de laquelle les demandeurs ont obtenu des dommages-intérêts ainsi qu'une injonction contre la police du port de Toronto qui suivait depuis trois mois l'embarcation des demandeurs dans ses déplacements dans le port, ainsi que l'affaire *Motherwell* c. *Motherwell* (1976) 73 D.L.R. (3rd) 62, une chicane de famille dans laquelle le demandeur harcelait les défendeurs en les appelant par téléphone à un nombre incalculable de reprises pour se plaindre d'un autre membre de la famille.

ii) Voies de fait et *atteinte à l'intégrité.* Au sens de ces délits civils, il est illicite de toucher une personne sans son consentement. Ces délits civils sanctionnent les atteintes à « l'intégrité physique de la personne ».

iii) Diffamation et *abus de confiance.* Le vieux délit civil de diffamation vise la publication de renseignements faux qui portent atteinte à la réputation du demandeur. L'abus de confiance est un délit civil qui évolue lui-même et qui comporte un recours en cas de divulgation de renseignements confidentiels que la personne obtient d'un tiers et au sujet desquels la personne concernée a des expectatives raisonnables de non-divulgation. Ces deux délits civils trouvent bien sûr leur application dans le domaine du « droit à la protection des renseignements ». Le délit civil de *mensonge préjudiciable* pourrait aussi trouver une application en la matière; il s'agit de la fabrication de fausses déclarations dans le but de causer un dommage pécuniaire. Contrairement au cas de la diffamation, il n'est pas nécessaire que la déclaration soit préjudiciable à la réputation du demandeur.

Traditionnellement dans des pays comme le Canada, l'Australie et le Royaume-Uni, la question de la nécessité de mesures législatives pour assurer la protection de la vie privée a

toujours été tributaire de l'évaluation de l'efficacité de délits civils comme ceux-là. La question a été rendue plus complexe récemment au Canada, en raison de l'émergence d'un petit courant jurisprudentiel qui porte à croire que l'atteinte à la vie privée est peut-être en voie de devenir un délit civil en bonne et due forme à cause des décisions judiciaires et sans aucune intervention de la part du législateur. Parmi ces décisions, mentionnons l'affaire *Saccone* c. *Orr* (1981) 34 OR (2d) 317, dans laquelle le défendeur avait secrètement enregistré une conversation téléphonique avec le demandeur, puis l'avait fait écouter à l'assemblée du conseil municipal, ainsi que l'affaire *Roth* c. *Roth* (1991) 4 OR (3d) 740, qui mettait en scène un litige entre des voisins au sujet de l'utilisation d'un chemin d'accès, lequel a dégénéré en une campagne de harcèlement qui a conduit notamment à une atteinte au droit à la vie privée du demandeur.

Quant à savoir si les délits civils actuels sont suffisants, on trouve deux courants d'opinions. Selon le premier, ils le sont. Ses adeptes admettent qu'il n'existe aucun droit spécifique d'action en cas d'atteinte à la vie privée, mais ils ajoutent qu'aucun recours précis ne vient non plus remédier aux atteintes à d'autres droits fondamentaux, comme « la liberté » ou « la sécurité de la personne ». Ils soutiennent que les droits comme ceux-là sont abstraits et que leur exercice, comme celui du droit à la vie privée, est généralement protégé au moyen des recours spécifiques (action pour séquestration, demande d'*habeas corpus,* etc.) qui s'offrent dans des situations données.

Selon eux, les recours actuels suffisent dans l'ensemble à la tâche de protéger la vie privée; si on peut démontrer qu'ils comportent certaines lacunes, il serait préférable de les revoir, plutôt que d'en créer de nouveaux. L'expérience semble indiquer, aux États-Unis, qu'un droit à la vie privée en apparence généreux entraîne un petit nombre de plaintes qui visent des comportements semblables à ceux qui caractérisent les délits civils. Ils craignent que le délit civil d'atteinte au droit à la vie privée, en raison de sa nouveauté, ne nuise à d'autres causes importantes comme la liberté d'expression et la liberté de la presse.

Les adversaires de cette position soutiennent, quant à eux, que la notion de vie privée est suffisamment claire pour qu'on la définisse de façon adéquate, et qu'elle revêt une telle importance qu'elle doit être protégée de façon expresse. Les adeptes de ce courant d'opinion estiment que les recours actuels en responsabilité délictuelle ne suffisent pas à la tâche, puisque chacun d'eux s'inscrit dans un contexte donné qui le rend inopérant dans certaines situations. L'un des exemples classiques de circonstances semblables est relaté dans l'affaire anglaise *Kaye* c. *Robertson* (annexe I du *Report of the Committee on Privacy and Related Matters* – le comité Calcutt – 1990, HMSO). Dans cette affaire, des reporters d'un journal sont entrés dans une chambre d'hôpital où une personne célèbre se remettait d'une intervention chirurgicale au cerveau après avoir subi un grave accident. Les reporters, faisant fi des interdictions d'entrer, ont interviewé le patient et ont pris des photos. Ils ont par la suite prétendu que celui-ci ne s'y était pas opposé; la Cour d'appel était plutôt d'avis qu'il aurait dû être évident pour les reporters que le patient n'était pas en état de consentir. Quoiqu'il en soit, les reporters ont proposé de publier les photos ainsi qu'un article basé sur l'entrevue. En l'absence d'une cause d'action fondée sur l'atteinte à la vie privée, le patient a tenté d'empêcher la publication en invoquant le libelle, le mensonge préjudiciable, l'atteinte à l'intégrité physique et la contrefaçon. Il a toutefois dû se contenter d'une injonction interdisant au

journal de publier quoi que ce soit permettant de conclure à son consentement à l'entrevue. Le juge Bingham s'est exprimé comme suit dans cette décision :

> [trad.] « La conduite des défendeurs en l'instance à l'égard du demandeur équivaut à une " monstrueuse atteinte à sa vie privée " (pour paraphraser l'expression de l'honorable juge Griffiths dans l'affaire *Bernstein* c. *Skyviews Ltd.* [1978] QB 479, p. 489G). S'il est un endroit où on a le droit de ne pas être importuné par des étrangers qui ne servent aucun intérêt public, c'est bien lorsqu'on gît dans un hôpital en train de se remettre d'une chirurgie au cerveau et jouissant d'un contrôle minimal de ses facultés. C'est cette atteinte à sa vie privée qui justifie la plainte du demandeur. Pourtant, en soi et malgré son caractère répugnant, elle ne lui donne droit à aucune mesure de redressement en droit anglais. »

Les deux courants d'opinions au sujet de la création d'un délit civil d'atteinte à la vie privée sont crédibles. Les deux sont aussi grandement tributaires des vues opposées de leurs adeptes respectifs quant à la faculté du législateur et des tribunaux de trouver une définition de « l'atteinte à la vie privée » qui est à la fois simple et manifestement utile. Ceux qui désirent continuer à faire confiance au mécanisme établi des délits civils craignent que la création d'une notion englobante d'atteinte à la vie privée ne soulève plus de questions qu'elle n'en règle. Le comité Calcutt était de cet avis; en effet, malgré des décisions comme celle rendue dans l'affaire *Kaye* c. *Robertson,* les membres du comité estimaient que l'adoption d'autres mesures, notamment la création de certains recours criminels et civils bien ciblés, était préférable à la création d'un délit civil d'atteinte à la vie privée dont la portée serait considérable. Par contre, ceux qui préfèrent un recours spécifique en cas d'atteinte à la vie privée estiment qu'on peut arriver à une définition pratique, et que sans recours spécifique on ne sera jamais en mesure de résoudre le vrai problème.

A.2 Un délit civil d'atteinte à la vie privée?

Pour obtenir la matière permettant d'arriver à une conclusion, le présent rapport adoptera une approche semblable à celle suivie en matière de protection des données et à l'égard du code de la CSA. En se fondant sur la *Loi uniforme sur la protection de la vie privée,* un certain nombre de propositions au sujet de la formulation possible de mesures législatives créant un délit civil d'atteinte au droit à la vie privée y seront formulées . Il pourra ensuite y avoir un débat public au sujet du caractère souhaitable de mesures législatives formulées de cette façon ou en des termes semblables. L'intégralité de la loi uniforme figure à l'annexe C. On pourra aussi prendre connaissance, à l'annexe D, du résumé d'une approche légèrement remaniée découlant des propositions formulées dans la présente partie du rapport.

a. Atteinte à la vie privée

Les principaux éléments de la loi uniforme sont : a) un énoncé général indiquant que l'atteinte à la vie privée d'un particulier par une autre personne est un délit civil punissable sans preuve de dommage (art. 2); b) une liste d'activités précises qui, en l'absence de preuve à l'effet contraire, sont réputées constituer des atteintes à la vie privée (art. 3); et c) une liste de moyens de défense (art. 4). La loi partage ce cadre général avec d'autres mesures législatives

canadiennes, mais celles-ci divergent entre elles en ce qui concerne la question de savoir si seulement les particuliers (par oppositions aux sociétés, par exemple) peuvent intenter des poursuites en cas d'atteinte au droit à la vie privée.

Les activités qui sont considérées par la loi uniforme comme des atteintes présumées à la vie privée sont (en résumé) : a) la surveillance auditive ou visuelle d'un particulier; b) le fait d'écouter ou d'enregistrer les conversations d'un particulier; c) la publication de lettres, du journal intime ou d'autres documents personnels; et d) la diffusion illicite de renseignements concernant le particulier. Cette liste n'est pas exhaustive; d'autres actes qui n'y figurent pas peuvent aussi constituer des atteintes à la vie privée.

Les moyens de défense (pareillement résumés) sont les suivantes : a) le demandeur a consenti à l'activité; b) le défendeur a agi de façon à défendre légalement sa personne ou ses biens; c) l'activité est autorisée ou exigée par la loi; d) le défendeur faisait légalement enquête au sujet d'une infraction; e) les actes du défendeur sont raisonnables, compte tenu de la relation domestique ou autre entre les parties; f) le défendeur ignorait ou ne pouvait raisonnablement savoir que ses actes porteraient atteinte à la vie privée de quiconque; et g) les actes dont on se plaint constituent une publication raisonnable dans l'intérêt public.

L'un des éléments que ne contient pas cette approche est une description ou une définition générale de ce qu'est une atteinte à la vie privée. Les moyens de défense représentent des activités *qui ne constituent pas* des atteintes à la vie privée et on cite en exemples certaines activités précises qui sont *susceptibles* de constituer des atteintes à la vie privée. Ces précisions mises à part, le principal énoncé de la loi est simplement la mention vague voulant que « toute atteinte à la vie privée d'une personne (...) constitue un délit civil ».

Est-ce acceptable? Les mesures législatives doivent-elles être plus explicites? La logique de la loi uniforme et d'autres mesures législatives semblables est prétendument fondée sur l'hypothèse selon laquelle si la loi tente de définir ce qu'est une atteinte à la vie privée, elle limitera la faculté des tribunaux d'élaborer ce nouveau secteur du droit de la responsabilité délictuelle dans le contexte des affaires qu'ils instruisent. En revanche, on peut soutenir qu'en l'absence d'une quelconque définition, le nouveau délit civil est exagérément vague.

On serait porté à penser qu'une description générale de ce qu'est une atteinte à la vie privée serait, en principe, un attribut utile de la loi. La proposition qui suit suggère donc une formulation. Si elle est satisfaisante, elle pourrait être intégrée à un texte de loi. Sinon, une approche qui ressemble davantage à celle de la loi uniforme serait peut-être plus indiquée.

Il est bon de noter que cette définition ne doit pas nécessairement être exhaustive (du genre « les droits fondamentaux à la vie privée » énumérés par le Comité permanent des droits de la personne et de la condition des personnes handicapées de la Chambre des communes). Elle aurait pour objet de décrire un acte passible de sanctions plutôt qu'un « droit de la personne », et elle s'inscrirait parallèlement à des recours justifiés par d'autres délits civils, de sorte que l'atteinte au droit à la vie privée par l'intrusion, les voies de fait, le libelle, l'abus de confiance et autres continuent d'être traitée à l'aide de moyens différents. La définition décrirait l'essence du nouveau délit civil que la loi ajouterait au répertoire actuel.

Proposition 35

L'atteinte au droit à la vie privée pourrait se définir comme suit :

Tout acte constitue une atteinte à la vie privée,

a) s'il s'immisce indûment dans les affaires personnelles ou les activités d'un particulier, qu'il se produise dans un endroit public ou en privé, ou

b) s'il donne une publicité indue à des renseignements concernant un particulier.

Si une définition semblable à celle-là est trop restrictive, l'approche de la loi uniforme est-elle acceptable ou fait-elle la part trop grande à l'incertitude? Il est bon de remarquer au passage que certaines lois provinciales en vigueur donnent plus de précisions au sujet du critère du caractère abusif que la loi uniforme mentionne à peine dans les moyens de défense, à l'alinéa 4(1)e). À titre d'exemple, voici ce que prévoit la loi de la Colombie-Britannique :

> [trad.]
> 1(2) La vie privée à laquelle toute personne a droit dans une situation donnée ou relativement à une affaire donnée équivaut, en nature et en intensité, à ce qu'elle peut raisonnablement attendre dans les circonstances, eu égard aux intérêts légitimes des tiers.
>
> 1(3) Lorsqu'on détermine si l'acte ou la conduite d'une personne porte atteinte au droit à la vie privée d'une autre personne, on doit prendre en considération la nature, l'incidence et le contexte de l'acte ou de la conduite ainsi que toute relation domestique ou autre existant entre les parties.

D'autres mesures législatives en vigueur dans les provinces de *common law* (mais pas au Québec) sont plus circonspectes que la loi uniforme dans leur description du genre de conduite qui équivaut à une atteinte au droit à la vie privée. En Colombie-Britannique, en Saskatchewan et à Terre-Neuve, ne commet un délit civil que la personne qui porte « intentionnellement et sans apparence de droit » atteinte au droit à la vie privée d'une autre personne. En Saskatchewan, la loi parle de « façon substantielle et déraisonnable et sans apparence de droit ».

La nécessité d'intégrer de tels critères dans une loi créant un délit civil d'atteinte à la vie privée dépend en grande partie de la présence ou de l'absence dans la loi d'une définition générale de l'atteinte au droit à la vie privée semblable à celle que contient la proposition 35. En règle générale, on serait porté à croire que le critère du « caractère raisonnable » serait l'un des éléments pertinents de la loi. Le fait d'exiger la présence d'un caractère intentionnel pourrait cependant sembler un peu excessif.

Proposition 36

Si une définition semblable à celle qu'énonce la proposition 35 se révèle trop restrictive, la loi sur la protection de la vie privée devrait au moins prévoir qu'un acte ou une conduite doit échouer le critère du « caractère déraisonnable » pour être qualifiée d'atteinte au droit à la vie privée.

L'article 3 de la loi uniforme contient un exemple d'une atteinte au droit à la vie privé :

> d) la diffusion de renseignements concernant le particulier qui ont été recueillis à des fins commerciales ou gouvernementales si
>
> (i) la diffusion est contraire à une loi ou à un règlement, ou
>
> (ii) les renseignements ont été fournis par le particulier sous le sceau du secret et leur diffusion a été faite à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont été fournis.

Les moyens de défense généraux que prévoit la loi s'appliqueraient bien sûr, y compris les notions de « consentement » et de « caractère raisonnable » (voir ci-dessous).

À cet égard, il existe un lien important avec les questions relatives à la protection des données. On peut considérer le paragraphe 3d) comme un exemple de la façon dont des dispositions législatives sur un délit civil pourraient résumer l'essence de la législation en matière de protection des données en quelques mots simples qui pourraient rendre superflue toute mesure législative plus élaborée. On ne trouve pas de disposition comparable au paragraphe 3d) dans les lois sur la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan et de Terre-Neuve. Au Québec, par contre, les principes fondamentaux en matière de protection des données sont énoncés aux articles 37 et 41 du *Code civil;* les lois particulières sur la protection des données dans les secteurs privé et public constituent le prolongement des dispositions législatives du *Code civil.*

On devra de toute évidence examiner avec soin toute disposition comme le paragraphe 3d) afin de décider de l'inclure dans des mesures législatives portant sur les atteintes à la vie privée. Si le Nouveau-Brunswick adopte une loi sur la protection des données semblable à celle qui est décrite dans la partie I du présent document, ce serait probablement l'endroit où il conviendrait d'énoncer la politique en matière de recours civils, à savoir si on a décidé de les inclure ou de les exclure délibérément. Toutefois, si on renonce à adopter une loi sur la protection des données, on aura avantage à examiner de plus près le paragraphe 3d). Sa portée semble moins grande que celle d'une loi sur la protection des données, ce qui pourrait le rendre encore plus acceptable. Par contre, si les consultations permettent de conclure que l'application d'une loi sur la protection des données dans le secteur privé n'est pas souhaitable, les motifs pourraient être tels qu'une disposition comme le paragraphe 3d) ne conviendrait pas non plus.

Proposition 37

On devrait attendre les résultats des consultations au sujet des mesures législatives sur la protection des données dans le secteur privé avant de décider que le fait de « communiquer de façon illicite des renseignements au sujet d'un particulier » constitue un délit civil d'atteinte au droit à la vie privée.

b) Moyens de défense

Passons maintenant à la question de savoir si les moyens de défense prévus à l'article 4 de la loi uniforme sont convenables et doivent être énumérés. À ce sujet aussi, les lois provinciales sont généralement cohérentes. Toutes prévoient un moyen de défense contre une action pour atteinte au droit à la vie privée si le défendeur a agi avec le consentement du plaignant, a défendu légalement sa personne ou ses biens, était autorisé par la loi, a agi dans le but d'appliquer la loi ou a publié des renseignements dans l'intérêt public. Deux caractéristiques de la loi uniforme sont moins typiques toutefois; il s'agit de l'alinéa 4(1)e), selon lequel la conduite doit être raisonnable eu égard à toute relation domestique ou autre existant entre les parties, et de l'alinéa 4(1)f), qui prévoit le cas où « le défendeur ignorait ou ne pouvait raisonnablement savoir que l'acte, la conduite ou la divulgation porterait atteinte à la vie privée d'un particulier ». Ces deux moyens de défense semblent acceptables dans leurs aspects essentiels; leur place dans la loi serait cependant tributaire de la présence d'une définition générale de l'atteinte au droit à la vie privée ainsi que du critère du caractère déraisonnable.

Soulignons enfin, en passant, que les rédacteurs de la loi uniforme ont délibérément omis un moyen de défense particulier qui ne figure que dans la loi de la Saskatchewan. Il s'agit d'alléguer que l'auteur de l'acte est une personne s'occupant de collecte des informations pour le compte de tout journal ou diffuseur, que l'acte était raisonnable dans les circonstances et qu'il était nécessaire ou accessoire aux activités ordinaires de collecte des informations. Le rapport préparé pour le compte de la Conférence sur l'harmonisation des lois du Canada soutient que la disposition spéciale à l'intention des préposés à la collecte des informations est superflue. En effet, si une telle disposition leur accordait une protection réelle, ne leur consentirait-elle pas un privilège particulier qui leur permettrait de porter atteinte à la vie privée des citoyens?

Proposition 38

Pour l'essentiel, les moyens de défense énumérés à l'article 4 de la loi uniforme sont convenables.

c. Recours

L'article 5 de la loi uniforme traite des recours. Il énonce que le tribunal peut adjuger des dommages-intérêts, émettre des injonctions, ordonner au défendeur de rendre compte de tout profit découlant de l'atteinte au droit à la vie privée et de remettre tout bien qu'il en a tiré, et accorder au demandeur toute autre mesure de redressement qu'il juge nécessaire dans les circonstances.

Ces recours se trouvent en substance dans les lois sur la protection de la vie privée de la Saskatchewan, du Manitoba et de Terre-Neuve. Par contre, la loi de la Colombie-Britannique et les dispositions sur la protection de la vie privée du *Code civil* du Québec sont muettes au sujet des recours, qu'elles renvoient implicitement au droit commun en la matière. L'approche la plus souhaitable dépend en grande partie d'un jugement technique fondé sur la meilleure évaluation possible de ce que les tribunaux feront en présence ou en l'absence de directives législatives à ce sujet. Mais dans l'ensemble, l'article 5 semble contenir un énoncé raisonnable des recours qui devraient être disponibles.

Proposition 39

On devrait pouvoir se prévaloir des recours prévus à l'article 5 de la loi uniforme en cas d'atteinte au droit à la vie privée, même s'ils ne sont pas expressément intégrés à la loi.

L'article 6 de la loi uniforme mentionne une gamme de facteurs que le tribunal peut examiner lorsqu'il adjuge des dommages-intérêts par suite d'une atteinte au droit à la vie privée. Parmi ceux-ci, mentionnons la nature de l'acte et le contexte dans lequel il a lieu ainsi que la conduite du demandeur et du défendeur avant et après l'acte, y compris toute excuse ou offre de faire amende honorable de la part du défendeur. L'article précise en outre que le tribunal peut octroyer des dommages-intérêts exemplaires dans les cas qui s'y prêtent.

Cet article semble à prime abord ne soulever aucune objection; en fait, nous sommes probablement en présence d'un cas où le moins le législateur en dit, le mieux tout le monde se porte. L'article a essentiellement pour effet de préciser que la conduite du défendeur peut être pertinente en ce qui concerne le calcul des dommages par suite d'une atteinte au droit à la vie privée; mais on se demande s'il est vraiment nécessaire de le préciser, voire de le mettre en valeur par rapport à d'autres facteurs qui pourraient être tout aussi importants. Les tribunaux du Québec ont de nombreuses années d'expérience dans l'octroi de dommages-intérêts en raison d'atteintes au droit à la vie privée; par ailleurs, dans quelques récentes affaires ontariennes, le calcul des dommages-intérêts octroyés ne tenait pas uniquement compte des pertes financières. Les octrois de dommages-intérêts finiront par se stabiliser au bout d'un certain temps, qu'on adopte ou non une disposition semblable à l'article 6. Mais même en l'absence d'une telle disposition, on pourra certes s'en remettre aux tribunaux pour élaborer les mesures qui s'imposent.

Proposition 40

On pourrait à bon escient laisser les tribunaux élaborer les règles applicables au calcul des dommages-intérêts relatifs au délit civil d'atteinte au droit à la vie privée.

d. Questions d'ordre technique

La loi uniforme se termine par quelques dispositions juridiques de nature technique, comme la relation avec les autres délits civils et le fait que la loi lie la Couronne. D'autres lois provinciales traitent de questions comme la prescription, l'ordre de préséance entre la loi

et les autres mesures législatives, l'inadmissibilité dans les instances civiles d'éléments de preuve obtenus en contravention de la loi ainsi que la question de savoir s'il est possible de porter atteinte au « droit à la vie privée » d'une personne décédée.

Il n'est pas nécessaire d'examiner de telles questions techniques dans le cadre de cette réflexion. La meilleure façon de les régler semble consister à adopter l'approche générale selon laquelle le délit civil d'atteinte au droit à la vie privée qui est créé par une loi est comparable à tout autre délit civil. On trouverait, dans cette disposition, réponse à la plupart des questions d'ordre technique. La question la plus épineuse reste celle de savoir s'il est possible de porter atteinte au « droit à la vie privée » d'une personne décédée. La réponse qui semble aller de soi est « non », en particulier à la lumière de l'article 2 qui laisse entendre que seuls les particuliers peuvent intenter des poursuites en cas d'atteinte au droit à la vie privée. La Colombie-Britannique, la Saskatchewan et Terre-Neuve semblent pousser ce raisonnement un peu plus loin en précisant que même si l'atteinte à la vie privée se produit avant le décès d'une personne, le droit d'action qui s'y rattache s'éteint, lui, au moment du décès. Quant à savoir s'il s'agit là de la meilleure approche, il faudrait examiner la question de plus près.

Proposition 41

Les questions d'ordre technique relatives à la prescription, au fait que la Couronne soit ou non liée par la loi et à l'admissibilité de la preuve devraient être réglées en traitant le délit civil d'atteinte à la vie privée de la même façon que les autres délits civils. L'atteinte à la vie privée d'une personne décédée ne devrait donner ouverture à aucun droit d'action.

A.3 Légiférer ou ne pas légiférer?

À la suite de cet examen de la loi uniforme, nous pouvons retourner à la principale question abordée dans la présente partie du rapport : Doit-il ou non exister une loi créant le délit civil d'atteinte au droit à la vie privée? On trouvera deux modèles possibles en annexe. La loi uniforme figure à l'annexe C, tandis que l'annexe D présente le résumé d'une approche légèrement différente qui se fonde sur les propositions énoncées dans le présent rapport. Les deux se ressemblent. Les principaux points qui les distinguent sont les suivants : 1) l'annexe D contient une définition générique de l'atteinte au droit à la vie privée, contrairement à l'annexe C; et 2) l'annexe D ne tient pas compte de la plus grande partie des dispositions sur les recours que contient l'annexe D. Dans leurs grandes lignes, cependant, les deux sont comparables. La décision de mettre en œuvre des dispositions sur l'atteinte au droit à la vie privée exige que l'on décide d'adopter des mesures législatives de ce genre.

Comme il a été indiqué auparavant, la présente consultation pourrait déboucher sur trois solutions. La première consisterait à adopter une loi très semblable à loi uniforme. La seconde énoncerait qu'il ne devrait pas exister de délit civil d'atteinte au droit à la vie privée. La troisième énoncerait que s'il devait exister un délit civil d'atteinte au droit à la vie privée, il appartient aux tribunaux, plutôt qu'au législateur, de l'établir. Puisqu'il n'a pas été fait mention des arguments en faveur de ces deux dernières solutions depuis un certain temps, il convient d'y revenir brièvement avant de clore la discussion à ce sujet.

« Il ne devrait pas exister de délit civil d'atteinte au droit à la vie privée »

En bref, l'argument global qui milite contre la création d'un délit civil d'atteinte au droit à la vie privée, est celui-ci : que ce délit est superflu, indéfinissable, inopportun et mal conçu. Il est superflu parce que d'autres recours établis en matière de responsabilité délictuelle suffisent dans l'ensemble à protéger la vie privée. Il est indéfinissable parce que la vie privée est une notion trop subjective pour être traduite par une définition juridique réaliste. Il est inopportun parce qu'il présente une trop grande menace pour des activités souhaitables (p. ex. : le journalisme légitime) en tentant de régler un problème beaucoup plus petit. Il est mal conçu parce qu'il ne tient pas compte des compromis que la vie quotidienne nous force à faire et qu'il présume trop témérairement que toute atteinte à la dignité d'un individu doit nécessairement donner ouverture à un recours en justice.

Les modèles législatifs examinés dans le présent rapport peuvent jeter un éclairage sur ces questions. Commençons avec celle de la définissabilité : l'examen des modèles législatifs déterminera si le délit civil peut être décrit de façon satisfaisante. La prochaine étape est celle du caractère opportun : les mesures législatives de cette nature présentent-elles, oui ou non, des risques pour des activités désirables? La mesure à laquelle le délit civil est mal conçu dépend aussi de la façon dont la loi est énoncée : décrit-elle avec assez de précision les genres d'atteintes à la dignité qui *devraient* donner ouverture à des recours en justice, ou va-t-elle trop loin? Toutefois, on ne peut vérifier si le délit civil est nécessaire en se contentant d'examiner sa formulation. Les recours établis en responsabilité délictuelle comportent certainement des failles qu'un délit civil d'atteinte au droit à la vie privée serait susceptible de combler. Aux yeux des adversaires du délit, toutefois, ces failles sont petites et tolérables.

Il faut peut-être ajouter que si l'on conclut, à la suite de ces consultations, qu'on *ne doit pas* créer de délit civil d'atteinte au droit à la vie privée, il y aurait peut-être lieu d'examiner de nouveau la jurisprudence à ce propos et de se demander si son évolution future au Nouveau-Brunswick devrait être tuée dans l'œuf. Mais cette décision peut attendre.

« S'il devait exister un délit civil d'atteinte au droit à la vie privée, il appartient aux tribunaux, plutôt qu'au législateur, de l'établir. »

Même si l'argument à ce sujet porte surtout sur la méthode, il concerne aussi certaines questions de fond.

Lorsque les tribunaux créent des délits civils, ils procèdent étape par étape, une affaire à la fois. Au fur et à mesure qu'ils rendent des décisions, ils dégagent des similitudes et des fils conducteurs. Les tribunaux déduisent parfois de nouveaux principes en examinant de vieilles décisions sous un jour nouveau. Cette façon de procéder présente l'avantage de permettre une évolution graduelle du droit, puisque chaque décision découle d'une série de faits qui illustrent ce dont est réellement constitué le délit civil. Par contre, cette méthode présente l'inconvénient de faire évoluer le droit lentement et de façon imprévisible. Tout dépend des faits que les plaideurs exposent aux tribunaux et des décisions que les juges rendent à la lumière de ces faits.

La jurisprudence semble suffisamment abondante au Canada à l'heure actuelle pour permettre aux tribunaux du Nouveau-Brunswick d'élaborer un délit civil d'atteinte au droit à la vie privée si des affaires idoines leur sont présentées. Par contre, ils peuvent décider de ne pas le faire. Il se peut qu'ils donnent crédit à l'argument selon lequel un délit civil général d'atteinte au droit à la vie privée est tout simplement trop vague pour être acceptable. Ils peuvent aussi décider que d'autres délits civils offrent un cadre juridique plus opportun pour le règlement des litiges en instance. Chaque affaire donnera lieu à l'énoncé de motifs circonstanciés justifiant la décision. Si la jurisprudence ne parvient pas à établir un délit civil d'atteinte à la vie privée, il se peut que l'expérience montre que le délit envisagé était entaché de lacunes trop importantes pour être comblées.

La décision, le cas échéant, de laisser les tribunaux élaborer le délit civil d'atteinte au droit à la vie privée dénote une préférence pour l'approche graduelle du développement du droit dans ce domaine, une attitude de temporisation et une reconnaissance du fait que les résultats de l'exercice pourraient être différents de ceux que l'on jugeait souhaitables à l'origine. Cette façon de procéder s'applique non seulement à la question de savoir s'il faut ou non reconnaître le délit civil, mais aussi à ses éléments s'il est reconnu. Par exemple, quant à savoir si une personne morale a une « vie privée » à laquelle on peut « porter atteinte », le tribunal pourrait arriver à une conclusion tout à fait différente de celle que nous avons décrite dans le présent document.

On aura peut-être intérêt à adopter une attitude de temporisation en cas d'ambivalence fondamentale quant au bien-fondé de l'existence d'un délit civil d'atteinte au droit à la vie privée ou quant à sa description. Dans le contexte actuel, il semble probable qu'un délit civil d'atteinte au droit à la vie privée se dégagera de la jurisprudence (certains diraient même qu'il est déjà établi, même s'il n'est pas encore élaboré), mais nul ne peut prédire l'avenir. La seule façon de s'assurer que le délit civil existe bel et bien consiste à adopter une loi en ce sens. Cependant, si la loi est mal formulée, on risque de freiner une évolution qui pourrait autrement se dérouler de façon plus satisfaisante par la jurisprudence. C'est la critique qui a été formulée, par exemple, à l'égard de l'expression « intentionnellement et sans apparence de droit » qui qualifie « l'atteinte au droit à la vie privée » susceptible de donner ouverture à une poursuite en vertu de certaines lois canadiennes sur la protection de la vie privée.

Proposition 42

Les grandes questions à être examinées dans le cadre des consultations publiques sont les suivantes :

a) L'atteinte à la vie privée devrait-elle constituer un délit civil?

b) Une loi fondée sur la loi uniforme décrirait-elle adéquatement l'atteinte au droit à la vie privée de façon à ne pas mettre en péril des activités désirables?

c) La prudence exige-t-elle que l'élaboration du délit civil soit confiée aux tribunaux, plutôt qu'au législateur?

ANNEXE C

LA LOI UNIFORME SUR LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉÉ

Définition

1. Dans la présente loi, « tribunal » désigne la [Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick].

Délit civil

2. Toute personne qui porte atteinte à la vie privée d'un particulier commet un délit civil qui donne un droit d'action sans qu'il soit nécessaire de prouver un dommage.

Preuve en l'absence de preuve contraire

3. Sans restreindre la généralité de l'article 2, la preuve de l'un ou l'autre des actes suivants constitue la preuve d'une atteinte à la vie privée d'un particulier en l'absence de preuve à l'effet contraire:

a) la surveillance auditive ou visuelle du particulier, de sa résidence ou de son véhicule par quelque moyen que ce soit, y compris l'écoute, le guet, l'espionnage et la filature, que la surveillance donne ou non lieu à une intrusion;

b) l'écoute ou l'enregistrement par une personne qui n'est pas partie à la conversation ni destinataire du message d'une conversation à laquelle participe un particulier ou d'un message destiné à un particulier ou transmis par lui par télécommunications;

c) le fait de rendre publics des lettres, des agendas ou d'autres documents personnels appartenant au particulier;

d) la diffusion de renseignements concernant le particulier qui ont été recueillis à des fins commerciales ou gouvernementales si,

i) la diffusion est contraire à une loi ou à un règlement, ou

ii) les renseignements ont été fournis par le particulier sous le sceau du secret et leur diffusion a été faite à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont été fournis.

Moyens de défense

4(1) Nul acte, comportement ou divulgation ne constitue une atteinte à la vie privée d'un particulier si,

a) le particulier y a expressément consenti de façon explicite ou implicite, elle avait le droit de donner son consentement et le tribunal est convaincu que celui-ci a été donné librement;

b) l'acte, le comportement ou la divulgation découle logiquement de l'exercice d'un droit prévu par la loi qui permet de défendre sa personne ou ses biens;

c) sous réserve du paragraphe 2), il est autorisé ou exigé

i) par une loi ou un règlement,

ii) par un tribunal judiciaire ou par une personne, un tribunal ou un organisme, autre qu'un commissaire à la prestation des serments ou un notaire public, que la loi autorise à faire prêter serment aux fins pour lesquelles la personne, le tribunal ou l'organisme est autorisé à entendre la preuve,

iii) par tout acte judiciaire d'un tribunal judiciaire, d'une personne, d'un tribunal ou d'un organisme mentionné à l'alinéa ii);

d) l'acte, le comportement ou la divulgation est attribuable à un agent de la paix ou à un organisme public qui agit dans le cadre d'une enquête et de ses tâches normales, il n'est pas disproportionné par rapport à la gravité de l'affaire qui fait l'objet de l'enquête et il n'est pas commis par intrusion ni autre moyen illégal;

e) il est raisonnable, compte tenu des relations domestiques ou autres qui existent entre les parties; ou

f) le défendeur ignorait ou ne pouvait raisonnablement savoir que l'acte, le comportement ou la divulgation porterait atteinte à la vie privée d'un particulier.

2) Nulle autorisation ni exigence d'une loi ou d'un règlement ne peut servir de moyen de défense à une action pour atteinte à la vie privée, à moins que la loi ou le règlement n'autorise ou n'exige expressément l'acte, le comportement ou la divulgation aux fins pour lesquelles elle ou il a été édicté.

3) La divulgation d'une affaire ne constitue pas une atteinte à la vie privée d'un particulier si,

a) il existe des motifs raisonnables de croire que la divulgation est faite dans l'intérêt public;

b) la divulgation est privilégiée en vertu des dispositions législatives en matière de diffamation.

4) Le paragraphe 3) ne s'applique pas à tout acte ou comportement grâce auquel l'affaire est divulguée, si l'acte ou le comportement constitue une atteinte à la vie privée.

Recours

5. Dans une action pour atteinte au droit à la vie privée, le tribunal peut rendre l'une ou l'autre des ordonnances suivantes :

a) il peut octroyer des dommages-intérêts;

b) il peut émettre une injonction;

c) il peut ordonner au défendeur de rendre compte au demandeur de tout profit qu'il a réalisé ou qu'il réalisera par suite de l'atteinte à la vie privée du demandeur;

d) il peut ordonner au défendeur de remettre au demandeur tous les articles ou documents qui se trouvent en sa possession par suite de l'atteinte à la vie privée du demandeur;

e) il peut accorder au demandeur toute autre mesure de redressement que le tribunal estime nécessaire dans les circonstances.

Dommages-intérêts

6(1) Lorsqu'il octroie des dommages-intérêts par suite d'une action pour atteinte à la vie privée, le tribunal doit prendre en considération toutes les circonstances de l'affaire, y compris :

a) la nature de l'acte, du comportement ou de la divulgation et le contexte dans lequel il s'est produit;

b) l'effet de l'acte, du comportement ou de la publication sur la santé et le bien-être du demandeur ou de ses proches ainsi que sur la situation sociale, commerciale ou financière de ceux-ci;

c) le comportement du demandeur et du défendeur avant et après l'acte, le comportement ou la divulgation, y compris toute excuse ou offre de compensation de la part du défendeur.

2) Dans une action pour atteinte à la vie privée, le tribunal peut octroyer des dommages-intérêts punitifs, compte tenu du caractère flagrant de l'atteinte à la vie privée et du comportement du défendeur.

Droit d'action en sus des autres droits

7(1) Le droit d'action que confère la présente loi en cas d'atteinte à la vie privée ainsi que les recours prévus par la présente loi s'ajoutent à tout autre droit et recours dont peut se prévaloir le demandeur en vertu de toute autre loi, et ils n'y dérogent pas.

2) Le paragraphe 1) n'exige pas que l'on fasse abstraction des dommages-intérêts octroyés par suite d'une action pour atteinte à la vie privée dans l'évaluation des dommages-intérêts qui pourraient être octroyés dans le cadre de toute autre instance découlant de l'acte, du comportement ou de la divulgation constituant une atteinte à la vie privée.

La loi oblige la Couronne

8. La Couronne est liée par la présente loi.

ANNEXE D

SOLUTION DE RECHANGE (RÉSUMÉ)

1. L'atteinte au droit à la vie privée est un délit civil pouvant donner lieu à des poursuites sans qu'il soit nécessaire d'établir la preuve des dommages.

2. Un acte constitue une atteinte au droit à la vie privée :

a) s'il s'immisce indûment dans les affaires personnelles ou les activités d'un particulier, qu'il se produise dans un endroit public ou en privé; ou

b) s'il donne une publicité indue à des renseignements concernant un particulier.

3. Sans restreindre la généralité des articles 1 et 2, les activités suivantes sont susceptibles de porter atteinte au droit à la vie privée :

a) la surveillance d'un particulier;

b) le fait d'écouter ou d'intercepter les communications d'un particulier; ou

c) la publication de documents intimes d'un particulier.

4. Les moyens de défense à une poursuite fondée sur une atteinte au droit à la vie privée sont les suivants :

a) le particulier a consenti à l'acte dont elle se plaint;

b) l'acte dont on se plaint a eu lieu dans le cadre de l'exercice légal du droit de défendre sa personne ou ses biens;

c) l'acte dont on se plaint est autorisé ou exigé par la loi;

d) l'acte dont on se plaint est celui d'un agent de la paix agissant de bonne foi dans l'exercice de ses fonctions;

e) l'acte dont on se plaint est raisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances et eu égard à la relation domestique ou autre qui existe entre les parties;

f) le défendeur ignorait ou ne pouvait raisonnablement savoir que l'acte, la conduite ou la publication porterait atteinte au droit à la vie privée de quiconque; et

g) l'acte dont on se plaint est une publication

i) que le défendeur croit, pour des motifs raisonnables, être dans l'intérêt public; ou

ii) qui est privilégiée en vertu du droit de la diffamation.

[Aucune disposition en matière de recours n'est incluse.]